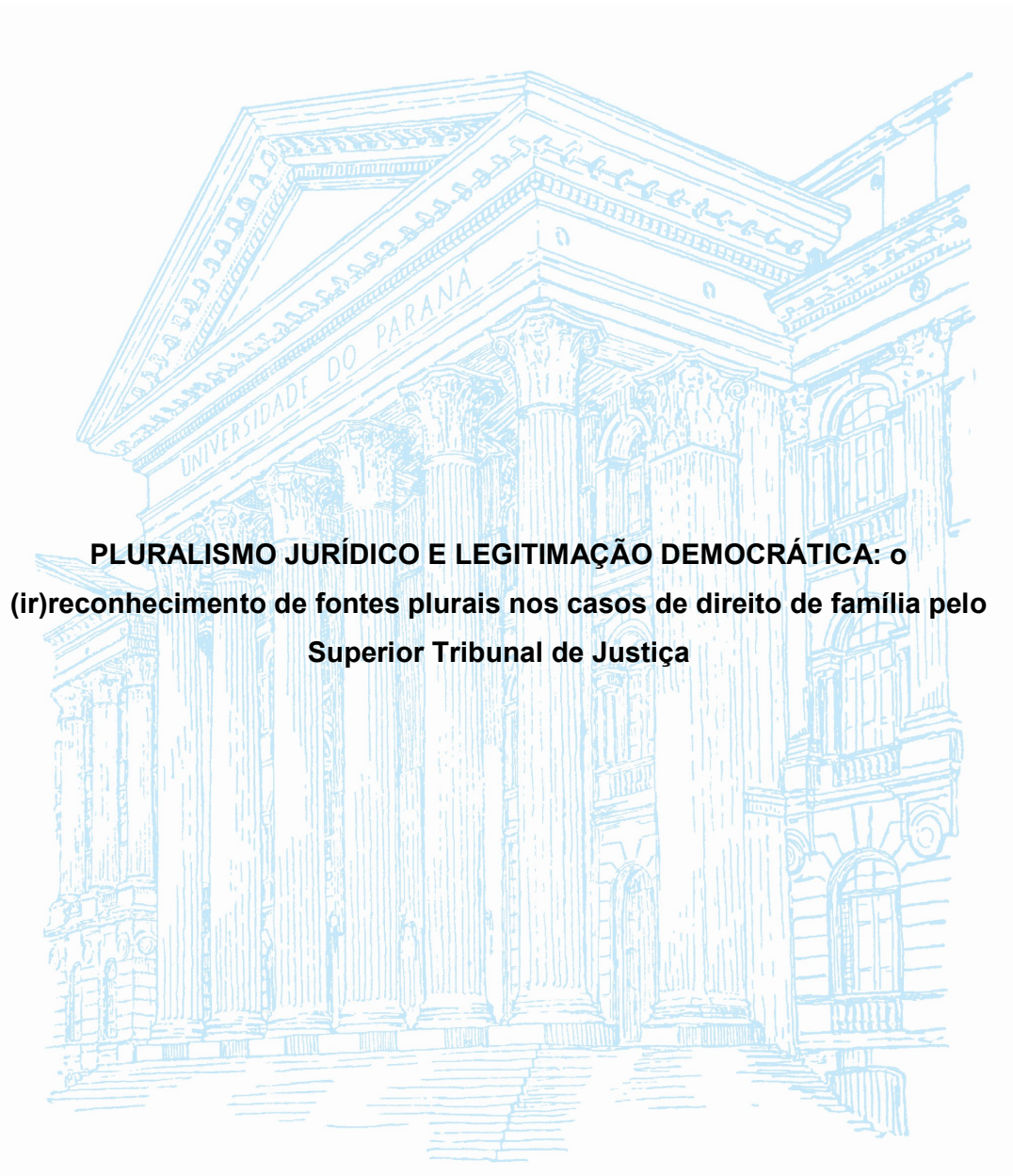


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TATIANA WAGNER LAUAND DE PAULA



**PLURALISMO JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA: o
(ir)reconhecimento de fontes plurais nos casos de direito de família pelo
Superior Tribunal de Justiça**

CURITIBA

2018

TATIANA WAGNER LAUAND DE PAULA

**PLURALISMO JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA: o
(ir)reconhecimento de fontes plurais nos casos de direito de família pelo
Superior Tribunal de Justiça**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior

CURITIBA

2018

P324p

Paula, Tatiana Wagner Lauand de
Pluralismo jurídico e legitimação democrática: o
(ir)reconhecimento de fontes plurais nos casos de direito de
família pelo Superior Tribunal de Justiça / Tatiana Wagner Lauand
de Paula; orientador: Sérgio Said Staut Júnior. – Curitiba, 2018.
160 p.

Bibliografia: p. 138-143.

Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em
Direito. Curitiba, 2018.

1. Pluralismo jurídico. 2. Direito de família. 3. Brasil. Superior
Tribunal de Justiça. I. Staut Júnior, Sérgio Said. II. Título.

CDU 340.11

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

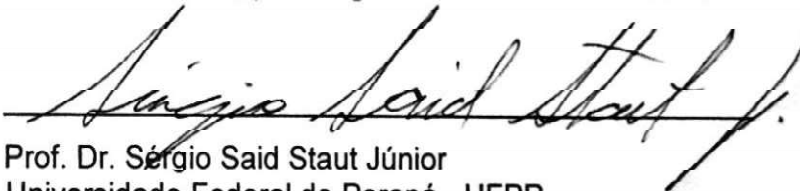
TERMO DE APROVAÇÃO

TATIANA WAGNER LAUAND DE PAULA

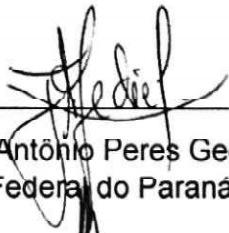
**PLURALISMO JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA: o
(ir)reconhecimento de fontes plurais nos casos de direito de família pelo
Superior Tribunal de Justiça**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Examinadores:


Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Prof. Dr. André Peixoto de Souza
Centro Universitário Internacional Uninter - UNINTER

Curitiba, 22 de março de 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar se e como, na prática jurisdicional, o Brasil reconhece o pluralismo jurídico, no tema de direito de família, para tentar contribuir com eventuais novas construções dogmáticas da Teoria do Direito, apropriadas a uma ordem jurídica plural e democrática. A problemática sobre a qual se desenvolveu o estudo é a inquietude de não desprezar, em razão do tratamento pluralista das normas, a necessidade de o direito se legitimar a partir do consenso da comunidade, de não renunciar a democraticidade das normas jurídicas. Uma sugestão para garantir legitimação democrática ao pluralismo jurídico é oferecida por António Manuel Hespanha e exige a soma de requisitos realísticos, escapando do pressuposto meramente formal. Buscou-se aqui aliar a discussão teórica sobre a legitimidade democrática para a criação do direito à investigação empírica acerca do primeiro requisito sugerido pelo autor: o reconhecimento de fontes normativas plurais (reconhecimento de *quem diz o direito*) por instâncias a quem a comunidade aprova o poder de reconhecer qual fonte é tida como direito (reconhecimento de *quem diz quem diz o direito*).

Palavras-chaves: Fontes de direito. Pluralismo jurídico. Legitimação democrática. Reconhecimento. Direito de família.

ABSTRACT

This paper aims to investigate *if* and *how*, in brazilian jurisdictional practice, there is a recognition of legal pluralism in family law, in an attempt to contribute to possible new dogmatic constructions of the Theory of Law, appropriate to a pluralistic and democratic legal order. The problematic on which the study was developed is the concern of not neglecting, due to the pluralistic treatment of norms, on one hand, the need for the right to legitimize itself from the consensus of the community, and, on the other hand, the need for not to renounce the democraticity of legal norms. One suggestion to guarantee democratic legitimacy to legal pluralism is offered by António Manuel Hespanha and requires the sum of realistic requirements, escaping from the formal presupposition. The intencion in this dissertation is to combine the theoretical discussion on democratic legitimacy for the creation of the right to empirical research on the first requirement suggested by the author: the recognition of plural normative sources (recognition of who says the right) by instances that the community approves of power to recognize which source is perceived as right (recognition of who says the right).

Key words: Sources of law. Legal pluralism. Democratic legitimization. Recognition. Family right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. BREVE TRAJETÓRIA DAS FONTES DE DIREITO NO BRASIL E A QUESTÃO DO PLURALISMO JURÍDICO.....	12
1.1 <i>PLURALISMO DE FONTES DE DIREITO DURANTE A COLONIZAÇÃO ATÉ O SÉCULO XIX</i>	<i>12</i>
1.2 <i>IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COM A LEI DURANTE A MODERNIDADE E A TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO OCORRIDA NO BRASIL.....</i>	<i>18</i>
1.3 <i>ESTADO CONSTITUCIONAL</i>	<i>25</i>
1.4 <i>NOÇÕES DE PLURALISMO JURÍDICO E A COMPLEXIDADE SOCIAL.</i>	<i>31</i>
2. PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA: ENFOQUE ESPECÍFICO PENSADO POR ANTÓNIO MANUEL HESPANHA.....	42
2.1 <i>A NECESSÁRIA DEMOCRATICIDADE DO DIREITO</i>	<i>42</i>
2.2 <i>LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DECORRENTE DO RECONHECIMENTO</i>	<i>52</i>
2.3 <i>O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO INSTÂNCIA DE POSSÍVEL RECONHECIMENTO DE OUTRAS FONTES DE DIREITO.....</i>	<i>62</i>
3. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE AS FONTES DE DIREITO CONSIDERADAS NOS CASOS DE DIREITO DE FAMÍLIA.	69
3.1 <i>(IR)RECONHECIMENTO EFETIVO DO PLURALISMO JURÍDICO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: OBJETIVO DA INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS</i>	<i>69</i>
3.2 <i>A METODOLOGIA DA PESQUISA</i>	<i>70</i>
3.2.1 <i>Perguntas formuladas para problematização</i>	<i>70</i>
3.2.2 <i>Delimitações metodológicas para seleção dos julgados.....</i>	<i>71</i>
3.2.3 <i>Critérios adotados para análise dos julgados</i>	<i>75</i>
3.3 <i>OS CASOS DE DIREITO DE FAMÍLIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DO PLURALISMO JURÍDICO.....</i>	<i>79</i>
3.3.1 <i>Adoção homoafetiva</i>	<i>79</i>
3.3.2 <i>Efeitos jurídicos do concubinato</i>	<i>92</i>
3.3.3 <i>Reconhecimento de multiparentalidade.....</i>	<i>103</i>

3.3.4	<i>Desconstituição de registro de filiação</i>	107
	CONCLUSÃO	126
	REFERÊNCIAS	138
	ANEXOS	144
	QUADRO-RESUMO DAS ANÁLISES EMPÍRICAS	144
	EMENTAS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E ANALISADAS NO ITEM 3.3	147
	<i>Decisões sobre adoção homoafetiva</i>	147
	<i>Decisões sobre efeitos jurídicos do concubinato</i>	150
	Decisões sobre reconhecimento de multiparentalidade	153
	Decisões do sobre desconstituição de registro de filiação	154

INTRODUÇÃO

No final do século XX, uma nova dimensão social levou à compreensão de que a vontade da maioria não regula toda a diversidade da coletividade, nem regula de forma soberana e indisputada. A consequência para a Teoria do Direito foi o reconhecimento da pluralização das fontes do direito, para além das leis do Estado, do poder político como monopolização da produção jurídica e da identificação do direito na lei entendido restritivamente como expressão da vontade do Poder Legislativo.

Sem a exclusiva chancela estatal, o direito pode manifestar-se de outros modos e representar as várias dimensões da realidade plural que é a sociedade. Dentro da perspectiva democrática atual, o legalismo estatal não é considerado a origem única do direito e nem mesmo a fonte de sua legitimação última.

Todavia, nesse contexto de pluralismo normativo, surgem dois questionamentos estruturantes que conduzem à necessidade de pesquisas científicas sobre o tema: no pluralismo jurídico, *quem diz o direito e quem diz quem diz o direito*.

A demanda que se põe diante do pluralismo jurídico em uma experiência de complexificação social é objetiva: saber se toda norma produzida por um agrupamento humano pode ser reconhecida como jurídica. Isso, para a hipótese de se pretender que o direito não represente um instrumento de dominação e de exclusão ou, dito de outro modo, que a criação do direito não fique sob o controle de determinadas classes sociais que compõem a elite dominante no plano social, cultural, econômico ou político e/ou que pretendam defender seus interesses particulares e difundir suas concepções internas de justiça e correção.

A problemática, nesses termos, advém da preocupação de não desprezar, em razão do tratamento pluralista das normas, a imprescindibilidade de o direito se legitimar a partir do consenso da comunidade, de não renunciar a democraticidade das normas jurídicas.

Uma sugestão para garantir legitimação democrática ao pluralismo jurídico é dada por António Manuel Hespanha e exige a soma de requisitos realísticos, escapando do pressuposto meramente formal. As fontes de direito, pelo

raciocínio do autor aqui adotado como marco teórico, para terem legitimidade democrática terão que ter vigência reconhecida por corresponderem a concordâncias sociais alargadas e serem, a partir daí, estabilizadoras.

Nesse encadeamento de reflexões, que serão analisadas com mais vagar no decorrer do trabalho, pretende-se aliar a discussão teórica sobre a legitimidade democrática para a criação do direito à investigação prática acerca do primeiro requisito sugerido por António Manuel Hespanha para se aperfeiçoar a Teoria do Direito, no tocante às fontes, dentro dos marcos constitucionais e sociais hoje predominantes: o *reconhecimento* de fontes normativas plurais (reconhecimento de *quem diz o direito*) por instâncias a quem a comunidade aprove o poder de reconhecer qual fonte é tida como direito (reconhecimento de *quem diz quem diz o direito*).

Para tanto, a presente pesquisa adota uma acentuada perspectiva empírica e, assim, procede a um exame sobre *se* e *como*, de fato, se dá o reconhecimento do pluralismo jurídico no Brasil, no tema de direito de família, para tentar colaborar com eventuais novos modelos dogmáticos da Teoria do Direito apropriados a uma ordem jurídica pluralista e democrática.

A divisão estrutural deste trabalho está sedimentada em três capítulos específicos: dois de cunho essencialmente teórico, que lançam as bases fundantes da pesquisa proposta; e um com um viés mais prático, que se debruça sobre a análise de julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do advento do novo Código Civil de 2002.

No primeiro capítulo, far-se-á uma breve trajetória da cultura jurídica no Brasil no âmbito da teoria das fontes de direito. Tal tarefa visa a, essencialmente, situar o pluralismo jurídico nesse contexto nacional. Conquanto durante a colonização do Brasil não existia um sistema político-jurídico uniforme e condensado, tampouco coincidência entre ordenamento estatal e ordenamento jurídico, havia autonomia dos corpos para dizer o direito sem hierarquia de fontes.

Após a Independência, o Estado brasileiro procurou ordenar as próprias instituições políticas e jurídicas, tentando desvincular-se de Portugal. Houve então uma progressiva – embora lenta – produção legislativa, passando pela criação de Faculdades de Direito e pelo surgimento de órgãos estatais adequados ao padrão de separação dos poderes vigente na Constituição de 1824. As

evidências doutrinárias sobre esse esforço do Brasil de identificar a lei formal como expressão soberana da razão e a ciência do Direito como domínio da segurança e da justiça, seguindo a lógica moderna europeia, durante o século XIX, sobretudo a partir da sua segunda metade, serão compiladas e contempladas, fundamentalmente, no primeiro subtítulo desse capítulo introdutório.

Na sequência, abordar-se-á como o constitucionalismo foi um progresso e um avanço do Estado Liberal Moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A Constituição expressava conquistas históricas e, especialmente, os direitos e as liberdades individuais, alcançados ao longo de muitos anos pelos regimes liberais pós-revolucionários, em oposição aos poderes ilimitados de qualquer natureza. A consolidação do Estado Constitucional, por isso, derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo, porquanto submeteu a lei às normas constitucionais, inclusive quando de sua interpretação. E, mais ainda, definiu princípios constitucionais materiais de justiça e de direitos fundamentais, os quais passaram a atuar enquanto guias de toda a compreensão do ordenamento jurídico.

É justamente essa noção de incapacidade do monismo jurídico estatal para solucionar os problemas coletivos de dimensão social – ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas da sociedade complexa – que será abordada ao final desse primeiro capítulo. De forma minuciosa, serão trazidas conceituações de pluralismo jurídico, além do desenvolvimento da ideia de complexidade social como uma das causas da ordem jurídica plural.

O segundo capítulo tem o objetivo de especificar algumas teses pensadas por António Manuel Hespanha, que atuarão como premissas para o raciocínio desenvolvido ao longo de todo o trabalho. Apresentar-se-ão tais asserções como fundamentos à pesquisa empírica sobre o reconhecimento do pluralismo jurídico pelo Superior Tribunal de Justiça, cujos resultados serão apresentados no último capítulo e na conclusão.

O enfoque será todo voltado à ideia de democraticidade do direito, que é entendida como condição *sine qua non* à validade do direito. A concepção democrática é o critério de aferição das fontes como jurídicas.

Essa necessária legitimação democrática está intimamente relacionada à noção de reconhecimento, de modo que é preciso apurar quais instâncias são aquelas reconhecidas pela coletividade como capazes de dizer o direito (*quem diz quem diz o direito*). E a partir disso, a investigação, nesse particular, passará a flertar com o viés prático dessa pesquisa. Isso porque lançará mão dos números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça para apurar o papel do Poder Judiciário como instância de reconhecimento do direito no Brasil.

No terceiro e último capítulo, então, serão estudadas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (escolhido esse tribunal por recorte metodológico), exclusivamente no ramo de direito de família, voltando-se ao diagnóstico do reconhecimento – ou não – do pluralismo jurídico. Para tanto, foram definidos os temas de adoção homoafetiva, efeitos jurídicos do concubinato, reconhecimento de multiparentalidade e desconstituição de registro de filiação.

A escolha dos assuntos e dos julgados passa por um crivo seletivo, de modo a produzir uma pesquisa isenta – no sentido de não haver manipulação de números e de ocorrências – e, ao mesmo tempo, crítica – para por à prova e analisar cientificamente a íntegra dos resultados obtidos.

Ao final, avaliar-se-á o compilado de informações, conjugando esses três capítulos, compulsando as bases teóricas dos dois primeiros com os resultados empíricos do terceiro.

Rememora-se, uma vez mais, que isso, essencialmente, é idealizado sob a batuta dos escritos de António Manuel Hespanha, para se apurar a (in)admissão do pluralismo de fontes do direito no ordenamento jurídico pátrio. Tudo isso para fomentar o debate entre a complexidade social e a – eventual – ordem jurídica plural, democraticamente concebida.

1. BREVE TRAJETÓRIA DAS FONTES DE DIREITO NO BRASIL E A QUESTÃO DO PLURALISMO JURÍDICO

1.1 PLURALISMO DE FONTES DE DIREITO DURANTE A COLONIZAÇÃO ATÉ O SÉCULO XIX

A trajetória das fontes de direito no Brasil parte, durante o período de colonização, de uma regulamentação oficial vinda de Portugal e, ao mesmo tempo, dos usos locais, dos costumes e das decisões judiciais. A ordem jurídica não era formal e sistemática, mas sim submetida ao arbítrio do juiz, o qual na apreciação dos casos concretos optava pelas várias normas disponíveis. Nesse contexto, não havia, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, uma *“ideia de uma fonte legal exclusiva e excludente de outras formas de juridicidade”*¹.

Eram as decisões judiciais, aliás, que orientavam a prática do governo local do Brasil colônia: além da jurisdição com conteúdo que se entende atualmente, os magistrados (ouvidores e juízes de fora) exerciam diversas outras funções administrativas. Os juízes de fora também presidiam as câmaras municipais e geriam os bens de órfãos e ausentes. Os ouvidores das comarcas deviam buscar origens de recursos para a exploração econômica de particulares e aumento da arrecadação estatal.² É que, como ensina Ricardo Marcelo Fonseca, governar na época colonial é essencialmente julgar, *“numa arquitetura jurídico-política em que a ideia divisão dos poderes deve ser bem afastada”*³.

Ainda que os estabelecimentos coloniais estivessem de alguma forma ligados à metrópole, não existia um estatuto colonial unificado. Faltava um regulamento uno da população colonial. O único dever dos não-portugueses era o de aceitar a pregação e o comércio (pelas normas do direito das gentes).⁴

¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Estados, Poderes e Jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, André Peixoto de (coord.). **Estado, Poder e Jurisdição**. Rio de Janeiro: GZ, 2015, p. 24.

² WEHLING, Maria José. A questão do direito no Brasil Colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais. In: NEDER, Gizlene (org.). **História & Direito**: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

³ FONSECA, op. Cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 22.

⁴ HESPAHANHA, António Manuel. A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de

O rei celebrava diferentes estatutos com seus povos, os quais continham alternâncias e especificações locais.⁵ A diversidade desses arranjos criou uma pluralidade de modos de relações políticas e limitou à Coroa e seus delegados, que não podiam estabelecer normas constantes e regulares, tampouco rejeitar as autoridades nativas reconhecidas por tratado: “*ou seja, a heterogeneidade de laços políticos impedia o estabelecimento de uma regra uniforme de governo, ao mesmo tempo que criava limites ao poder da Coroa ou dos seus delegados*”⁶.

De igual modo, não havia uma estrutura geral e uniforme de direito.⁷ A uma, pela própria composição do direito comum europeu que atribuíra prioridade às normas particulares (tais como os costumes pontuais, os padrões de decidir dos tribunais locais, os privilégios⁸: *iura propria*) diante das normas gerais (como a lei ou a doutrina jurídica geral: *ius commune*⁹): “*ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto manifestação de um poder político, podiam derroga-lo enquanto manifestação de um direito especial, válido no âmbito da jurisdição dos corpos de que provinham*”¹⁰.

Fátima (org.). **O Antigo Regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 170.

⁵ Ibid., p. 169.

⁶ Ibid., p. 172.

⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012, p. 158.

⁸ Ainda que discorde de Hespanha no tocante à capacidade da Coroa Portuguesa de uniformização da administração no ultramar, Maria de Fátima Gouvêa também identifica uma “*economia política de privilégios*” na trajetória de governo ultramarina portuguesa durante o império: “*dinamizava-se uma economia política de privilégios viabilizada pela concessão de mercês e privilégios dispensados tanto ao Brasil – enquanto área privilegiada no interior das hierarquias espaciais do conjunto imperial –, quanto aos homens inter-relacionados pelo conjunto de políticas então articuladas pela Coroa e seus vassalos*”. GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. Poder Político e Administração na Formação do Complexo Atlântico Português (1645-1808). In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **O Antigo Regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 285.

⁹ *Ius commune* significa um direito não ligado a um espaço territorial, nem a um corpo socialmente identificado e individualizado, mas um imenso direito erudito que, baseado em uma normatividade universal romana e, após, também canônica, era continuamente elaborada por uma comunidade científica de mestres, através de uma atividade de interpretação dos textos, para criar princípios e regras necessários à sociedade medieval. É o direito comum por mais de um título “*porque vinha a fundir em si a dimensão romana e a canônica, por ser concretamente o direito realizador da unidade jurídica europeia*”. In: GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 36. Para mais sobre *ius commune*, STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015, p. 56.

¹⁰ HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. XXXV, 2006, p. 68. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>>

Segundo, os direitos adquiridos no regime anterior podiam ser opostos ao novo (não vigorava o princípio de que a lei posterior revoga a anterior). E, mais ainda, era permitido, por meio de tratados ou decorrente da doutrina do direito comum, que o direito específico de cada colônia fosse mantido, ao passo que o direito português somente se destinava aos naturais (Ordenações Filipinas, II, 55)¹¹:

isto quer dizer que os juizes portugueses, ainda que tivessem jurisdição sobre os nativos, lhes deviam aplicar o seu próprio direito, exceto para os casos em que estivessem em causa valores supremos da ordem jurídica ou ética européia, nomeadamente do foro religioso. Decerto, a subordinação dos juizes de primeira instância a tribunais de recurso, que seguiam o direito oficial e letrado, podia deformar essa regra, nos casos de recurso. Assim como a presença das jurisdições do colonizador, oferecia aos nativos a possibilidade de recorrer também a este direito contra as suas normas tradicionais, o que constituía um importante fator de desarticulação da lógica política e jurídica autóctones (Subrahmanyam, 1997, pp. 34-35). Mais do que uma versão estrita do direito nativo, o que tenda então a vigorar na prática era uma espécie de “justiça crioula”. De qualquer jeito, criava-se uma ilha de direito autônomo e não oficial.¹²

António Manuel Hespanha explica que, na nação submetida, o vice-rei (governador-geral) e governadores da época tinham poder excepcional (*extraordinaria potestas*) assemelhado ao dos chefes militares de máximo escalão e, assim como o monarca, podiam ab-rogar o direito para alcançar o sucesso de uma missão: “*nos regimentos que lhes eram outorgados, estava sempre inserida a cláusula de que poderiam desobedecer às instruções régias aí dadas sempre que uma avaliação pontual do serviço real o justificasse*”¹³.

É preciso considerar, também, a enorme distância territorial entre essas autoridades e a Coroa. Por vezes, era necessário tomar decisões e resolver conflitos em momentos em que a urgência não permitia aguardar a resposta do centro do poder.¹⁴

¹¹ HESPANHA, António Manuel. Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **Na trama das redes: política e negócios no império português - séculos XVI a XVIII**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 46.

¹² HESPANHA, ob. cit., A constituição do Império português, p. 173.

¹³ Ibid., p. 175.

¹⁴ HESPANHA, ob. cit., Antigo regime nos trópicos?, p. 51.

Os dirigentes de níveis inferiores igualmente detinham autonomia em suas jurisdições (*iurisdictio*). A subordinação ao vice-rei alcançava somente temas correlatos à política geral e à defesa de todo o Estado do Brasil, permitindo aos governadores das capitanias que fossem independentes no tocante à gestão de suas províncias e territórios.¹⁵

Em se tratando de justiça, a administração *“quer pelos ouvidores quer pelas Relações”* se constituía em *“uma área bastante autônoma e auto-regulada, não apenas porque os governadores não podiam controlar o conteúdo das decisões judiciais, mas ainda porque seus poderes disciplinares sobre os juízes eram débeis e efêmeros”*¹⁶.

O exame de direito de família no período colonial, em específico, revela que *“tanto em suas fontes legislativas, como em sua prática judicial brasileira, este se caracterizou por fortes permanências e pequenas inovações”*¹⁷. Mesclavam-se normas da Igreja, notadamente do Concílio de Trento, instrumentalizadas para o caso brasileiro pelas Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia, as Ordenações Filipinas, a legislação extravagante, o *ius commune*, a doutrina e a jurisprudência.¹⁸

Como se vê, a regulamentação local, consuetudinária ou da prática dos tribunais preenchia os espaços deixados pelo direito comum clássico.¹⁹ Havia, em suma, permissão para criar direito ou, senão tanto, para recusar o direito existente: *“Tratava-se, como se vê, de um mundo desigual, dividido em ordens ou corpos que tinham seu papel, sua função e sua iurisdictio, com seu papel natural fixado. Toda a administração deveria respeitar a iurisdictio de cada um dos corpos sociais e respeitar a articulação natural. Como se vê, impossível conceber nesse quadro um Estado centralizado e “absolutista”*²⁰.

¹⁵ Ibid., p. 46.

¹⁶ HESPANHA, ob. cit., A constituição do Império português, p. 180.

¹⁷ WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 499.

¹⁸ Ibid., p. 500.

¹⁹ HESPANHA, ob. cit., Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro, p. 59.

²⁰ FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 22.

Existia no período colonial, por esse raciocínio, autonomia dos corpos para dizer o direito, sem hierarquia de fontes²¹: *“a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação existentes na própria estrutura do direito comum.”*²² Até porque o poder local não podia ser controlado e derogado pelo rei: *“a inconsistência do sistema político-jurídico decorre, afinal, da própria natureza da alta administração colonial, ainda claramente pluralista na sua base.”*²³

De acordo com Paolo Grossi, hierarquia de fontes de direito (sistema rígido de fontes, escalonado, dentro do qual as fontes inseridas nos campos inferiores devem obediência àquelas do topo) é uma criação totalmente moderna.²⁴ A intenção de controlar toda a dimensão jurídica pressupõe Estado, no sentido de entidade política-jurídica unitária. A hierarquização das formas de manifestação do direito equivale à identificação do direito ao titular da soberania política: *“hierarquia das fontes significa perfeita identidade entre ordem política e ordem jurídica, com um direito reduzido ao espelho do Estado”*²⁵. Pressupõe, ainda, um único e autossuficiente ordenamento que se coloca absolutamente independente das outras extensões políticas e jurídicas existentes e, por isso, é capaz de fixar uma graduação nivelada válida em seu próprio interior.²⁶

Assim, se durante a colonização do Brasil não existia um sistema político-jurídico uniforme e condensado e não havia coincidência entre ordenamento estatal e ordenamento jurídico, a noção de hierarquia de fontes de direito, nesse período, é anacrônica.

Havia, em contrapartida, relação dinâmica entre as diferentes fontes de direito (regulamentação oficial editada pelos portugueses, autonomia local para complementar as lacunas jurídicas existentes na estrutura do direito comum, usos

²¹ As fontes de direito são as formas com as quais o direito concretamente se manifesta em uma determinada estrutura sociopolítica. Por atingirem profundamente a organização da sociedade, as fontes revelam escolhas fundamentais. In: GROSSI, ob. cit., **O direito entre poder e ordenamento**, p. 32.

²² HESPANHA, ob. cit., Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro, p. 60.

²³ HESPANHA, ob. cit., A constituição do Império português, p. 174.

²⁴ GROSSI, ob. cit., **O direito entre poder e ordenamento**, p. 33.

²⁵ Ibid., p. 33.

²⁶ Ibid., p. 37.

locais e costumes particulares, noção de justiça e de equidade – conforme o caso concreto analisado – e as decisões judiciais²⁷) em um mesmo território: pluralismo jurídico.

Após a Independência, o Estado brasileiro procurou ordenar as suas próprias instituições políticas e jurídicas, tentando, em essência, desvincular-se de Portugal:

o Brasil independente irá cada vez mais romper – mas sempre de um modo lento, gradual, mas insistente – com a velha legislação portuguesa representada sobretudo pelas ordenações, seja por meio da própria legislação brasileira, que ao longo de todo o império será promulgada, seja pelos caminhos que vão ser trilhados pela nascente cultura jurídica brasileira nesse mesmo período.²⁸

Muitas tradições herdadas da antiga metrópole, como explica Sérgio Staut, já estavam incorporadas ao direito nacional: *“verificam-se, assim, inúmeras permanências de um direito comum (ius commune), próprio da Idade Média européia, como, por exemplo, a manutenção no Brasil mesmo após a Independência de toda a legislação portuguesa, especialmente as Ordenações Filipinas.”*²⁹ Mesmo após a independência, o Brasil conservou vigente todo o conjunto legislativo advindo da metrópole portuguesa, até que fossem finalmente redigidos novos códigos ou que as leis coloniais fossem expressamente modificadas.³⁰

Segundo André Peixoto de Souza, o Brasil Império herdou de Portugal uma magistratura organizada, instituição melhor estruturada no estamento burocrático, com um quadro de profissionais bem distribuídos para a ocasião: *“os magistrados, produtores da jurisprudência possível em princípios de Império, acabavam servindo ao legislativo, à fábrica de regras, transformando-se nos primeiros agentes de articulação política para a consolidação do Estado-nação brasileiro.”*³¹

²⁷ FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 22.

²⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, n. 44, p. 61-76, 2006, p. 65.

²⁹ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 41.

³⁰ FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 24.

³¹ SOUZA, André Peixoto de. **Direito público e modernização jurídica**: elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX. 01. Jul. 2010. 208 folhas.

No desejo de romper com o passado jurídico imposto por Portugal e “*de ingressar, como Estado independente, na modernidade política e jurídica liberal*”³², houve progressiva – embora lenta - produção legislativa (código criminal de 1830 e o código comercial e a Lei de Terras de 1850)³³, a criação de duas Faculdades de Direito (Olinda e São Paulo em 1827) que fizeram circular o direito letrado³⁴ e surgimento de órgãos estatais adequados ao padrão de separação dos poderes vigente na Constituição de 1824³⁵.

Durante o século XIX, sobretudo a partir da sua segunda metade, existiu no Brasil um esforço de identificar a lei formal como expressão soberana da razão e a ciência do Direito como domínio da segurança e da justiça, seguindo a lógica moderna europeia.³⁶

1.2 IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COM A LEI DURANTE A MODERNIDADE E A TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO OCORRIDA NO BRASIL³⁷

O traço típico da estatalidade moderna está na relação entre soberania, representação e decisão política.³⁸ O soberano é a expressão representativa da vontade dos sujeitos: “*a soberania encontrou na lei a sua primeira expressão. A lei é expressão da vontade e a medida do justo e do injusto: é a vontade soberana legiferante a condição necessária e suficiente da ordem*”³⁹. O

Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 61, 2010.

³² FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (org.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 08.

³³ FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 24.

³⁴ Como leciona Sérgio Staut, o império português nunca permitiu que fossem inauguradas universidades em seus domínios. “*A formação da elite brasileira era realizada basicamente em Portugal, especialmente em Coimbra*”. In: STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 106.

³⁵ FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 25.

³⁶ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 101.

³⁷ Não se pretende aqui formular uma análise sistematicamente rigorosa e acabada da historicidade humana da Modernidade ou do sistema econômico que surgiu à época. Quer-se tão-somente apontar alguns traços relevantes para compreensão da ordem jurídica no tocante às fontes de direito.

³⁸ COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Juruá: Curitiba, 2010, p. 158.

³⁹ COSTA, ob. cit., **Soberania, representação, democracia**, p. 84.

direito é reduzido a instrumento de controle social, se tornando um método sagaz (ato de vontade, ato de império, ato de comando): uma criação do titular da soberania.⁴⁰

A partir da consolidação de parte significativa dos Estados europeus modernos, o direito - em um encadeamento histórico lento e difuso nos países de *civil law*⁴¹ - passou a ser compreendido pela “*opinião mais corrente, embora não única*”⁴² como fruto da atividade legislativa do poder soberano.⁴³

Pressupondo a associação espontânea de indivíduos iguais com interesses comuns, a ordem da sociedade tinha que ser resultado da soma de vontades individuais soberanamente livres e autônomas.⁴⁴ Eventuais particularidades pessoais foram categorizadas em padrões para que houvesse propósitos gerais.

O individualismo tornou-se o elemento principal da ideologia moderna, a eleger o homem como centro autônomo de decisões econômicas políticas e racionais: a lei significava recurso da razão, feita pelo homem e para o homem.⁴⁵ O direito, conforme explica Michel Villey, era uma organização do indivíduo racional e baseada em regulamentos e padrões explícitos; por isso, poderia ser exposto apenas pelo legislador representante do interesse geral.⁴⁶ No Estado de Direito, o soberano deveria ser obedecido em função da conformidade de seus atos com o mandamento legal: o caráter geral da lei garantia tanto a liberdade quanto a igualdade.⁴⁷

Esse processo de “Absolutismo Jurídico”⁴⁸ reduziu a ordem jurídica à simplicidade, com lógica pronta e generalizada: “*um direito muito preocupado com a redução da complexidade, com grande tendência à abstração e simplificação*”⁴⁹.

⁴⁰ GROSSI, ob. cit., **O direito entre poder e ordenamento**, p. 100.

⁴¹ FONSECA, ob. cit., **Modernidade e contrato de trabalho**, p. 30.

⁴² HESPANHA, António Manuel. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?. **Iusgentium**. vol.12, n.6, 2015, p. 08.

⁴³ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 82.

⁴⁴ WOLKMER, António Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 39.

⁴⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 172.

⁴⁶ Ibid., p. 177.

⁴⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 499.

⁴⁸ GROSSI, Paolo. **Absolutismo giuridico e diritto privato**, Milano: Giuffrè, 1988.

⁴⁹ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 83.

Irrelevante o conteúdo, o direito era universal porque decorria de validade formal e expressava uma vontade impessoal e neutra a garantir uma *ordem* única, que coincidia com o território nacional, uniforme, sem variações na área geográfica onde estava inserido. Numa ordem estável e duradoura não se concebia a multiplicidade, a divisão interna e o pluralismo social dos grupos, pois toda autoridade estaria concentrada no Estado unitário e soberano.⁵⁰

As relações jurídicas passaram a se basear inteiramente na figura do Estado, garantidor da ordem e da segurança da população, e único instituidor das normas de direito a serem seguidas pelo corpo político e social:

ao Estado, compacto, unitário, centralizado, correspondia um direito igualmente compacto, unitário, centralizado, por ter sido reduzido às manifestações da vontade soberana. (...) A lei, entendida na restrita acepção de norma emanada por um poder supremo, vê-se afirmar seu indiscutido primado. Objeto de mitização e, portanto, de um acrítico culto, é colocada no vértice das fontes em uma ordem rigidamente hierarquizada, tão rigidamente hierarquizada ao ponto de tirar qualquer tipo de autonomia às manifestações inseridas nos graus inferiores da escala.⁵¹

Afastando como não-jurídicas quaisquer outras formas alternativas de normatividade social, o princípio da unicidade se revelou ligado ao princípio da estatalidade: o direito era somente aquele do Estado soberano, que detinha o monopólio de sua criação, interpretação e aplicação, bem como o monopólio da segurança organizada.⁵²

O Estado seria, neste aspecto, a organização encarregada de manter a ordem por intermédio do direito; as leis estatais seriam propostas a toda a coletividade por legisladores ideologicamente neutros. A legitimidade confundir-se-ia com a racionalidade, pois era preciso que o direito, além de uno e estatal, fosse racional.⁵³

A identificação das práticas, usos e costumes como fontes de direito, a utilização de outras fontes normativas além da lei estatal e a possibilidade de criação e desenvolvimento do direito mediante a atividade interpretativa eram vistas como um retorno ao Antigo Regime, à desordem:

⁵⁰ WOLKMER, ob. cit., **Pluralismo Jurídico**, p. 42.

⁵¹ GROSSI, ob. cit., **O direito entre poder e ordenamento**, p. 103.

⁵² COELHO, ob. cit., **Teoria Crítica do Direito**, p. 410.

⁵³ VILLEY, ob. cit., **A formação do pensamento jurídico moderno**, p. 179.

Essa redução radical de complexidade do universo jurídico, operada na modernidade, tem como consequência o desprezo a outras manifestações do direito que propiciam uma ordem normativa plural e aberta. As práticas, os usos e costumes são excluídos do universo jurídico ou colocados em segundo plano como fontes apenas subsidiárias de direito. A própria atividade interpretativa, uma das fontes por excelência do direito na Idade Média, após a codificação francesa no século XIX, começa a ser vista com profunda desconfiança, transformando-se em exegese.⁵⁴

Assim, a ótica moderna foi revelada pela onipotência do legislador e pelo monismo estatal a confundir legitimidade e legalidade:

Ao juiz, com postura acrítica e passiva, competia apenas a exegese, a explicação, a clarificação da lei, sem discuti-la.⁵⁵ No plano do conhecimento, significava a simples reprodução de saberes e a manutenção dos institutos jurídicos⁵⁶: *“o formalismo legalista, ou seja, o direito construído como dimensão formal fundada não sobre fatos, mas sobre a lei como apropriadora e intérprete única dos fatos, transformou o terreno jurídico em um recinto fechado”*⁵⁷.

A função jurisdicional era, ao mesmo tempo, pronta, segura e uniforme, fiel executora da vontade do legislador soberano⁵⁸:

aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas apenas o de o aplicar (poder judicial) (...) quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar encontrar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto.⁵⁹

Como explica Sergio Staut, durante a modernidade ocidental europeia, o direito cada vez mais converteu-se em um *“produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo paulatinamente com isso a sua dimensão plural e social”*⁶⁰.

⁵⁴ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 85.

⁵⁵ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Européia**, p. 402.

⁵⁶ COELHO, ob. cit., **Teoria Crítica do Direito**, p. 499.

⁵⁷ GROSSI, ob. cit., A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico, p. 14.

⁵⁸ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 57.

⁵⁹ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Européia**, p. 402.

⁶⁰ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 83.

A ordem jurídica do Estado pretendeu, pois, o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas uma legitimidade apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação estatal.⁶¹ Nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer:

o Direito da sociedade moderna, além de encontrar no Estado sua fonte nuclear, constitui-se num sistema único de normas jurídicas integradas (“princípio da unicidade”), produzidas para regular, num determinado espaço tempo, os interesses de uma comunidade nacionalmente organizada. Ainda que se admitam outras fontes jurídicas, consagra-se, peremptoriamente, a lei estatal como expressão máxima da vontade predominante do Estado-Nação.⁶²

Esse paradigma jurídico monista – Direito identificado com a lei – foi o modelo normativo dominante até o século XX nos países industriais avançados (Europa Ocidental).⁶³

Especificamente no Brasil, o século XIX (mais a segunda metade dele) representou o momento de transição: a lei escrita foi se confirmando, aos poucos (não de modo automático e simplório), como fonte formal principal do direito, esvaziando, ainda que não por completo, a relevância das demais fontes como explica Ricardo Marcelo Fonseca:

Lentamente vai se implementando no Brasil, como na maioria dos países do “civil law” (tanto na Europa como na América Latina), o projeto de redução da juridicidade à legalidade, a ligação indissolúvel do direito (inclusive do direito privado) ao poder público, a elevação à condição de protagonista da juridicidade do político, com a correspondente desvalorização do papel do jurista (agora mero exegeta dos textos legislativos produzidos pelo príncipe ou pelo parlamento).⁶⁴

Contrariamente ao ocorrido em alguns países da América espanhola, no Brasil não ingressaram de modo abrupto e dominante as pretensões de

⁶¹ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Européia**, p. 400.

⁶² WOLKMER, ob. cit., **Pluralismo Jurídico**, p. 61.

⁶³ Ibid., p. 82.

⁶⁴ FONSECA, ob. cit., **Estados, Poderes e Jurisdições**, p. 25.

codificação e, por isso, não houve ruptura total e imediata com a realidade jurídica firmada nos tempos anteriores à independência.⁶⁵

A continental extensão territorial brasileira e o hábito herdado de Portugal no sentido de transferir toda a autoridade aos donatários das terras cedidas durante a colonização acabaram por fortalecer o poder local e por dificultar a implementação do processo – que seria ordinariamente modernizante – de unificação do poder em torno da figura do novo imperador, do novo Estado.⁶⁶ As poderosas elites agrárias não concordavam em abandonar suas posturas e práticas conservadoras em relação à escravidão, ao patriarcalismo e à grande propriedade para consagrar valores liberais de liberdade e igualdade em um sistema jurídico universal e ordenado: *“não foi muito fácil para parcelas significativas das elites rurais nacionais, presas a tradições e a valores de uma sociedade agrária intensamente desigual e conservadora, a aceitação de um conjunto normativo modernizador do universo jurídico pátrio”*⁶⁷.

Embora se tenha produzido a Constituição Imperial em 1824, o código criminal em 1830, o código comercial e a Lei de Terras em 1850, a codificação civil tardou até 1916, obrigando que as relações privadas fossem regulamentadas por legislação esparsa, pelas ainda leis portuguesas (especialmente pelas Ordenações Filipinas, não completamente revogadas e ainda presentes na jurisprudência) e pelos costumes e usos, herdados do período anterior e interessantes aos grandes proprietários rurais.⁶⁸

A mais, não havia uma cultura jurídica nos anos iniciais após a independência do Brasil.⁶⁹ Até então, *“Portugal possuía como diretriz a proibição da instalação de cursos jurídicos na colônia, pois um dos maiores vínculos de dependência que lhe restava era a obrigatoriedade de estudos da elite na metrópole, forçando uma parcial imposição ideológica – que se converteria em política, segundo os interesses do Reino – aos jovens acadêmicos”*⁷⁰. A instalação

⁶⁵ FONSECA, ob. cit., A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX, p. 62.

⁶⁶ FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 24.

⁶⁷ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 121.

⁶⁸ Ibid., p. 119.

⁶⁹ FONSECA, ob. cit., A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX, p. 70.

⁷⁰ SOUZA, ob. cit., Direito público e modernização jurídica, p. 85.

dos primeiros cursos jurídicos no Brasil somente se deu em 1827 nas cidades de São Paulo e Olinda, com o objetivo de formar a administração do país que se consolidava e, por consequência, fortalecer cada vez mais a separação da antiga metrópole.⁷¹

A articulação política com o fim de solidificar o Estado-nação brasileiro, desvinculado de Portugal, teve como fortes agentes os magistrados que, pela jurisprudência, contribuíram na elaboração de regras oficiais e, gradativamente, separaram a função de julgar da tarefa de governar e legislar. A criação de órgãos judiciais (juízes e tribunais) independentes representou a estruturação do estamento burocrático em conformidade com a separação de poderes prevista na Constituição de 1824.⁷²

Foi um período de transição, durante o qual os padrões jurídicos pré-modernos e os modernos se contrapuseram e conviveram, num complexo sistema de variabilidade: por vezes, aplicava-se um direito inculto, plural, alheio à noção de norma oficial, regido pelos costumes, pelas forças sociais atuantes e pelas decisões judiciais como já acontecia no modelo anterior do antigo regime; outras tantas, valia um direito baseado na progressiva produção legislativa, na cultura agora letrada, na vontade de firmar um Estado moderno com parâmetros liberais e com órgãos institucionais organizados, separados e adequados à Constituição vigente.⁷³

Antonio Carlos Wolkmer aduz, inclusive, que os anos do século XIX após a separação da colônia em 1822 não trouxeram mudanças reais ou interrupções completas das influências da estrutura jurídica portuguesa, mas somente uma “reestruturação”, mediante a incorporação e “adaptação” de princípios do ideário econômico capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista: *“Por certo, para responder às necessidades locais, compatibilizavam-se as velhas estruturas agrárias e elitistas com o surto eclético e com as adesões às novas correntes europeias”*⁷⁴.

⁷¹ STAUT JÚNIOR, ob. cit., **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil**, p. 120.

⁷² SOUZA, ob. cit., **Direito público e modernização jurídica**, p. 61.

⁷³ FONSECA, ob. cit., **Estados, Poderes e Jurisdições**, p. 25.

⁷⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais. **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba, PR: ABDConst., 2011. pp. 143-155. Disponível em: < <http://www.abdconst.com.br/revista3/Antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 27 out 2017.

Houve no Brasil, portanto, uma tentativa de identificar o direito com a lei formal e escrita, nos moldes da noção moderna liberal de monismo jurídico: redução da juridicidade à legalidade estatal, ligação indissolúvel do direito ao poder político, imposição aos juristas da tarefa única de exegeta, através de um processo lógico de subsunção de um fato concreto a uma norma abstrata (operação direta e automática de silogismo).

1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL⁷⁵

Imersa no sistema jurídico monista, a supremacia da Constituição, como norma fundamental do Estado que assegura os direitos e liberdades dos indivíduos, foi se propagando no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais dos Estados Modernos:

O constitucionalismo foi utilizado, de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, idéias-chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos no Estado. De outro, utilizou-se a Constituição contra os poderes do monarca, limitando-os. Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca (reduzido à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado.⁷⁶

A Constituição moderna, como explica Vera Karam de Chueri, teria a função de impor *“limites aos poderes do soberano, agora reduzido à categoria de órgão do Estado e regido pela lei. Também imporia limites ao poder soberano do*

⁷⁵ O fim mais geral desse capítulo, como antes dito, é traçar brevemente as variações da jurisdição – sobretudo das fontes de direito - em sua temporalidade para, então, localizar o pluralismo jurídico. Nesse propósito, foi utilizado o esquema histórico, que divide noções de Estado em Estado Jurisdicional (ou Estado Absolutista), Estado Liberal (ou Estado de Direito) e Estado Constitucional (Estado Social), sugerido pelos autores aqui referenciados Antônio Manuel Hespanha, Maurizio Fioravanti, Pietro Costa, Vera Karam de Chueri e Gilberto Bercovici.

⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constitution and politics: a difficult relationship**. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 out 2017.

*povo, na medida em que o Estado Constitucional é um Estado de poderes limitados*⁷⁷.

O constitucionalismo foi, assim, um progresso e um avanço do Estado Liberal Moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A Constituição expressava conquistas históricas e, especialmente, os direitos e liberdades do sujeito, alcançados ao longo do século XIX pelos regimes liberais pós-revolucionários, em oposição aos poderes ilimitados de qualquer natureza. Os parâmetros e as extensões da atuação do poder estavam, enfim, definidos.⁷⁸

Todavia, o papel liberal das Constituições – com função primordial de limitação e organização do poder – deixou de ser o bastante no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

Os princípios e os objetivos que sedimentaram o estatuto epistemológico da legalidade ocidental, no tocante às fontes de direito - ideologia liberal-individualista e Estado soberano garantidor de certeza e segurança⁷⁹ - começaram a não mais responder de modo eficaz às novas exigências político-econômicas, ao aumento de conflitos entre grupos e classes sociais e ao surgimento de complexas contradições culturais e materiais de vida da sociedade no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial.⁸⁰

Notou-se que a vontade do povo era exprimida pelo partido que se espelhava, por sua vez, na autoridade totalitária do guia supremo, do *Fuhrer*.⁸¹ Os mecanismos eleitorais perderam sentido a partir do momento em que o povo se tornou uma unidade racial homogênea.⁸² A legitimidade advinha da unidade de sangue da comunidade e não do individualismo liberal e democrático, como se idealizava. Nessa conjuntura, o atributo insuperável da representação moderna oitocentista - o dualismo entre representados e representantes - foi substituído pela

⁷⁷ CHUEIRI, Vera Karam de. GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia**: soberania e poder constituinte. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/09.pdf>> Acesso em 01 ago. 2017.

⁷⁸ BERCOVICI, ob. cit., Constitution and politics.

⁷⁹ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Européia**, p. 401.

⁸⁰ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospetivas do direito no séc. XXI, 2016, e-book, p. 53.

⁸¹ HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?, p. 22.

⁸² COSTA, ob. cit., **Soberania, Representação, Democracia**, p. 200.

celebração da identidade. A representação passou a estar justamente na autoridade política absoluta, que se ligava ao povo pela relação identitária: o *Fuhrer* representava o povo por *ser* o povo.⁸³

Assim, o colapso desses comandos extremos, no clima histórico do segundo pós-guerra, permitiu a emergência de um constitucionalismo, de governo compromissado com os direitos fundamentais que deveriam ser tutelados por um Estado democrático-constitucional, que não poderia descuidar da soberania popular.⁸⁴

O campo constitucional precisava ser ampliado para incluir toda a sociedade, não só o Estado; para englobar os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização.⁸⁵ Até o final do século XIX e começo do século XX, as Constituições europeias e latino-americanas eram tipicamente liberais e restringiam-se à limitação do poder e às garantias mínimas de direitos individuais, sem compromisso com a democracia. A Constituição estava explicitamente posta como forma, mas não havia engajamento com realidade e necessidade sociais, como explica José Antônio Peres Gediel:

Essa posição política exigia, por óbvio, a reelaboração do paradigma jurídico liberal dos séculos XVIII e XIX e do pensamento civilista fundado na vontade individual e no absolutismo dos direitos subjetivos. Na concretização dessa formulação jurídica para a vida social, os temas que se apresentam mais relevantes são: a criação de direitos sociais; de um sistema de seguridade social; a revisão do conceito de pessoa jurídica como instituição necessária à convivência e à produção de bens, em especial as cooperativas; o tratamento da família como uma comunidade destinada ao pleno desenvolvimento humano; a redefinição e valorização da pequena propriedade agrícola. Tratava-se, mais uma vez, de funcionalizar ou desabsolutizar o exercício individual de direitos e do direito de propriedade.⁸⁶

A noção da Constituição como totalidade, revelando um caráter dinâmico entre Estado e sociedade (não somente estático manifestado na instauração – poder constituinte originário) traria efetivação à ordem constitucional

⁸³ Ibid, p. 201.

⁸⁴ Ibid, p. 241.

⁸⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi dela storia e tendenze attuali. Roma: Laterza, 2009, p.144.

⁸⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014, p. 178.

por meio de uma política constitucional social duradoura, sem se reduzir unicamente à normatividade.

As Constituições agora sociais - ou programáticas - do pós-guerra deveriam incluir, a partir de suas regulamentações jurídicas, políticas e sociais (ou seja, a partir da sua conexão com a realidade social), o Estado Constitucional Democrático. O sentido, os objetivos, os princípios políticos e a ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação deveriam ser ponderados.⁸⁷

Essencialmente com o fim dos regimes totalitários na Europa, portanto, o direito exclusivo posto pelo Poder Legislativo, imposto de maneira geral e abstrata, começou a ser insuficiente às ideias de democracia e de direitos dos sujeitos, que iam ganhando força:

contra o aniquilamento totalitário da autonomia individual a base do ordenamento se torna a pessoa, toda, como o cetro da imputação de uma multiplicidade de direitos diversos. A democracia que se quer instaurar (...) será muito mais a forma política de uma ordem centrada sobre a pessoa e sustentada pela convicção de que apenas a atribuição a todos os cidadãos de iguais direitos permite a eles uma completa realização humana. (...) para regimes que nascem sobre as ruínas dos totalitarismos não são suficientes garantias procedimentais e dispositivos formais, mas são necessários princípios substantivamente densos e comprometidos.⁸⁸

As atrocidades vivenciadas no período da guerra, quando os comandos totalitários estavam formalmente em conformidade com o Estado de Direito, revelaram a ineficiência de uma teoria do direito puramente formal. O foco central do ordenamento jurídico deveria voltar-se ao sujeito e não à lei oficial, conduzindo a democracia e os direitos à rejeição do totalitarismo.⁸⁹

Então, a valorização da pessoa e a compreensão da multiplicidade existente na comunidade surgiram em oposição à irrelevância das vontades particulares e a massificação da sociedade (celebração da identidade dos regimes totalitários), como explica António Manuel Hespanha:

⁸⁷ BERCOVICI, ob. cit., Constitution and politics.

⁸⁸ COSTA, ob. cit., **Soberania, Representação, Democracia**, p. 255.

⁸⁹ Ibid., p. 261.

A origem próxima da identificação entre direito e lei que está na base do antilegalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo).⁹⁰

Além dessas vertentes alusivas à política, o oferecimento dos serviços materiais do Estado e a prestação jurídica eram deficientes:

O Estado mostrava-se burocratizado; tomado por um legalismo estreito e distante dos anseios sociais; não raramente atreito a tiques autoritários e de desrespeito pelos cidadãos; permeável às clientelas partidárias e aos interesses económicos; infiltrado pela corrupção e pelo favorecimento ilegítimo; esvaziado do ideal de serviço público; ineficiente e descuidado. No campo do direito, debitava um direito auto-suficiente, pouco sensível à mudança social e cultural; frequentemente parcial e solidário com os mais influentes; obscuro e mal difundido; monopolizado por técnicos especializados, caros e pouco solícitos; servido por uma justiça lenta, separada da vida, embrulhada numa cultura pomposa e corporativa, opaca e dificilmente controlável pelos processos democráticos.⁹¹

A falência da ordem jurídica herdada do século XIX (liberal-burguesa, dogmatizada em abstrações normativas acerca de um sujeito de Direito ou de um Estado de Direito, com lógica individualista e racionalidade formal) dá-se, segundo Antonio Carlos Wolkmer, exatamente por não ter conseguido acompanhar o ritmo crescente de novas formas de reivindicações e transformações aceleradas da sociedade.⁹²

A justiça do direito deixou de ser relacionada à simplicidade de aplicação instantânea, invariável e homogênea da lei, fundamentada sobre o sujeito único de direito, abstrato e geral:

No Estado constitucional a certeza do direito não é mais presumida como um efeito necessário da lei, como o resultado necessário de uma imediata, segura e uniforme aplicação da lei. A certeza do direito é adquirida muito mais por meio da interpretação, da correção, ou com a eventual remoção, por meio do controle de constitucionalidade, da lei, essencialmente por obra da jurisprudência, não somente constitucional, mas também ordinária. (...)

⁹⁰ HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?, p. 21.

⁹¹ Ibid., p. 22.

⁹² WOLKMER, ob. cit., **Pluralismo Jurídico**, p. 90.

No centro destas Constituições de fato não temos mais o indivíduo da tradição jusnaturalista, ou o sujeito de direito do código, por sua natureza geral e abstrato, mas a pessoa, que é assumida também em sua existência concreta, com referências às suas condições materiais de vida sociais, econômicas e culturais. Assim, o princípio da igualdade não pode mais derivar mecanicamente da aplicação uniforme da lei, fundamentada sobre o sujeito único de direito, abstrato e geral.⁹³

O Estado Constitucional preservou a construção teórica formal quanto ao sistema escalonado de normas e superioridade da Constituição, mas também tencionou garantir o resguardo de alguns direitos substanciais, aos quais não se poderia mais renunciar. O constitucionalismo introduziu, em posição de preeminência, as normas de princípio (especialmente em matéria de direitos relacionados à democracia), os direitos fundamentais, as técnicas de interpretação e o controle de constitucionalidade.⁹⁴

Nesse momento, revelou-se a importância da atividade jurisdicional, em busca da concretização efetiva dos compromissos desta nova fase do constitucionalismo pós-segunda guerra mundial. Voltado ao alcance desse propósito, era fundamental um Poder Judiciário com independência e autoridade para se impor em uma situação de conflito. Os direitos individuais não poderiam mais ser violados - nem mesmo pelo Estado - e a jurisdição serviria como forte defensora da Constituição:

antes, na Revolução e no Estado liberal de direito, a jurisdição não tinha nenhuma conexão direta com a constituição, porque somente os representantes do povo soberano, ou da nação, operavam pelo respeito, ou pela realização, dos princípios constitucionais; agora, com o Estado constitucional, é como se a jurisdição tenha se emancipado da função de mera aplicação da lei, e logra portanto a “enxergar” diretamente a Constituição, colocando-se antes, ao lado da legislação e das funções D'INDIRIZZO/programáticas.⁹⁵

⁹³ FIORAVANTI, Maurizio. **Legislação e jurisdição na Europa**: a era do Estado Constitucional (texto apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito, Brasília, setembro de 2013, trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luis Henrique Krassuski Fortes).

⁹⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 161.

⁹⁵ FIORAVANTI, ob. cit., Legislação e jurisdição na Europa.

Não mais resolveria um Poder Judiciário - sobretudo tribunais constitucionais - sujeito às pressões das maiorias e inerte em relação à eficácia normativa da Constituição: *“não se tratava de substituir o direito maioritário por um direito contramaioritário, mas de forçar as maiorias a serem refletidas e inclusivas, tomando em devida conta todos os interesses em presença, mesmo os das minorias políticas, e ponderando-os equilibradamente, com o recurso a pautas de valores mais complexas do que as das maiorias parlamentares ou do senso comum”*⁹⁶.

A consolidação do Estado Constitucional derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo e submeteu a lei às normas constitucionais, inclusive quando de sua interpretação. E, mais ainda, definiu princípios constitucionais materiais de justiça e direitos fundamentais, os quais passaram a dever guiar toda a compreensão do ordenamento jurídico.

Enfim, na tentativa de equilibrar o governo do povo ao respeito e à eficácia da Constituição, o ordenamento jurídico conferiu ao Poder Judiciário a tarefa de guardião, como seu intérprete máximo. Os juízes – inclusive os do sistema da *civil law* – foram dotados de capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano, em favor da defesa e da garantia da Constituição efetiva para todos.

1.4 NOÇÕES DE PLURALISMO JURÍDICO E A COMPLEXIDADE SOCIAL

Como trazido nos parágrafos anteriores, o monismo jurídico estatal tornou-se no final do século XX incapaz de solucionar os problemas coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas da sociedade complexa.⁹⁷

As reivindicações de ordem política e econômicas, a multiplicação de choques entre grupos e classes sociais, o surgimento de profundas contradições culturais e materiais de vida da sociedade no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial não foram contidos pela ideologia liberal-individualista e pelo

⁹⁶ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 18.

⁹⁷ Ibid., p. 75.

Estado de Direito, soberano garantidor de certeza e segurança, que se revelaram, portanto, ineficazes e insuficientes.⁹⁸

Na sociedade imersa nas diferenças, não se pode imaginar que um povo (se é que é possível definir povo no mundo globalizado exatamente como questiona Hespanha⁹⁹) possa ter *uma* vontade e não muitas e inconstantes aspirações, dependendo de cada grupo e necessidade (de gênero, de idade, de região, de cultura, de estrato social, de religião, de interesses). Da ideia de uma sociedade constituída por indivíduos iguais e indiferenciados passou-se para a noção de uma sociedade integrada por pessoas marcadas pela diversidade e por grupos portadores de diferenças.¹⁰⁰

A busca por um direito “*autêntico*”¹⁰¹ sai da unidade legislativa estatal e alcança outros centros autônomos de produção de normas: organização da vida corrente (famílias, comunidades e associações); relações internacionais e órgãos de caráter internacional como a ONU e a Corte de Justiça de Haia (Tribunal Internacional); práticas estabelecidas nos negócios, nas empresas multinacionais e nas empresas cuja administração é entregue a colegiados eleitos; doutrina; jurisprudência; costumes; movimentos sociais; tribunais e autoridades administrativas; serviços públicos descentralizados; sindicatos; sistemas religiosos que abrangem questões relacionadas à família, às sucessões, às obrigações e ao consumo; o direito indígena não escrito; sistemas normativos impostos pelo narcotráfico em territórios latino-americanos de extensão não desprezível; internet; tribunais desportivos; regras consideradas corretas por determinado ramo de atividade profissional (com ou sem conselhos de classes); regulação da concorrência; normas de direito supra-estatais (estabelecidas ou não por tratados internacionais); contratos, pactos antenupciais, cláusulas de arbitragem, acordos tácitos ou decorrentes de rotinas; boas práticas relativas ao meio ambiente; cláusulas gerais e princípios como dignidade humana, liberdade, honra, família.¹⁰²

⁹⁸ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Européia**, p. 401.

⁹⁹ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**., p. 19.

¹⁰⁰ Ibid., p. 63.

¹⁰¹ Ibid., **Pluralismo**., p. 18.

¹⁰² HESPANHA, ob. cit., **O caleidoscópio do direito**; WOLKMER, ob. cit., **Pluralismo Jurídico**; CORREAS, Óscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. **InSURgência**: revista de direitos e movimentos. vol. 1, n. 1, 2015, p. 105-120; COELHO, ob. cit., **Teoria Crítica do Direito**.

Essas novas formas de organização jurídica surgem além do Estado ou mesmo contra o Estado. Os fenômenos da globalização e as forças privativas, sobretudo potências econômicas, começam a produzir direito. Grupos de minorias começam a não mais se identificar com o direito estatal hegemônico.¹⁰³

A lei concebida como norma impessoal, geral, abstrata e igual para todos aniquila a complexidade e diversidade da sociedade e não enfrenta o confronto do tempo com as necessidades reais da coletividade: *“a representação popular – representação de poucos, de pouquíssimos – resolve-se em uma arrogante ficção”*¹⁰⁴.

A norma estatal não é uma realidade autossuficiente; ao contrário, é incompleta e acabada. O aperfeiçoamento do direito somente poderá ser alcançado com a compreensão do texto para além da imobilização da escrita, *“eliminando o risco mais deletério que o direito pode correr: a separação entre formas/normas jurídicas e o fluir da história, com a consequente aridez e esterilidade daquelas”*¹⁰⁵.

Ademais, a mobilidade do mundo atual não permite que os processos legislativos estatais acompanhem o ritmo de mudança e da complexidade das sociedades, pelo que o Direito Legislado estaria por vezes obsoleto em relação aos estados das coisas e valores a regular.¹⁰⁶ As leis estarão superadas pela vivacidade dos fatos no momento em que estiverem prontas e serão cada dia mais antiquadas:

o legislador estatal é lento, distraído, vulgarmente dócil aos desejos dos partidos políticos; a justiça estatal não está em condições de corresponder às exigências de rapidez e concretude da práxis econômica. Ademais, o Estado e a justiça estatal se colocam, ainda, em uma ótica territorial que é asfixiante para a construção capitalista, já global.¹⁰⁷

A partir, pois, do final do século XX, uma nova dimensão político-social levou à compreensão de que a vontade da maioria não regula toda a diversidade da coletividade, nem regula de forma soberana e exclusiva.¹⁰⁸

¹⁰³ COELHO, ob. cit., **Teoria Crítica do Direito**, p. 421.

¹⁰⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85.

¹⁰⁵ GROSSI, Paolo. A identidade do jurista, hoje. In: **Doutorado Honoris causa a Paolo Grossi**. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2011, p. 43.

¹⁰⁶ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p., 25.

¹⁰⁷ GROSSI, ob. cit., **O direito entre poder e ordenamento**, p. 76.

¹⁰⁸ WOLKMER, ob. cit., **Pluralismo Jurídico**, p. 90.

A consequência para a Teoria do Direito foi o reconhecimento da pluralização das fontes de direito¹⁰⁹, para além das leis do Estado, do poder político como monopolização da produção jurídica e da identificação do direito na lei entendido restritivamente como expressão da vontade do Poder Legislativo.¹¹⁰

Sem a exclusiva chancela estatal, o direito pode manifestar-se de outros modos e representar as várias dimensões da realidade plural que é a sociedade. Dentro da perspectiva democrática atual, o legalismo estatal, portanto, não é considerado a origem única do direito bem como a fonte de sua legitimação última.

A construção que possibilita esse exame prospectivo de fontes de direito é o pluralismo jurídico, noção que se opõe à teoria de exclusiva estatalidade na produção jurídica. Se na concepção monista somente um tipo de grupo social – o grupo político – detém o poder para criar e ditar normas jurídicas, para o pluralismo há múltiplas e heterogêneas fontes produtoras de direito, que surgem como manifestação espontânea e concreta das diferentes camadas sociais e dos diferentes agrupamentos humanos.

O pluralismo jurídico, segundo Luiz Fernando Coelho, *“refere-se ao fato de que o direito se encontra inserido na sociedade, isto é, transcende os órgãos estatais. Ele se caracteriza pela coexistência de diversos sistemas jurídicos no mesmo espaço social. É tratado, portanto, como um problema de fontes, ao serem admitidas outras fontes, além do Estado, de positividade jurídica”*¹¹¹.

Além do poder político, para o pluralismo todo grupo de alguma consistência está habilitado a criar normas que podem adquirir o alcance de normas jurídicas. Essa produção plural não se limita somente ao espaço normativo infraestatal (no interior do território ou da nação abrangidos pela soberania do Estado): ordens normativas tendem a desenvolver-se à margem do direito do Estado e até prevalecer sobre ele.¹¹²

¹⁰⁹ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 19.

¹¹⁰ GROSSI, ob. cit., A identidade do jurista, hoje, p. 29.

¹¹¹ COELHO, ob. cit., **Teoria Crítica do Direito**, p. 426.

¹¹² COELHO, Luiz Fernando. A Transmodernidade do direito e as novas formas de juridicidade. (texto apresentado na Universidade Blas Pascal, Córdoba/Argentina, maio de 1999 e na 2ª Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, Curitiba, agosto de 1999). Disponível em <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/5198332>> Acesso em 30 out. 17.

Óscar Correias propõe designar como pluralismo jurídico a simultaneidade de normas que reclamam obediência dentro do Estado e que pertencem a sistemas jurídicos distintos¹¹³: *“coexistência, em um mesmo território, de dois ou mais sistemas jurídicos; quer dizer, de normas que se organizam ao redor de diferentes regras de reconhecimento.”*¹¹⁴

Para compreensão do conceito, é preciso destacar que sistemas jurídicos são, de acordo com autor argentino, todo conjunto de normas organizadoras da violência, que podem ser extraídas de discursos produzidos por juristas, designados por discursos anteriores, e das que estão organizadas por uma “norma fundante” eficaz, isto é, que conta com o reconhecimento suficiente para a permanência do mesmo grupo no poder. Isso significa que as normas de uma comunidade social constituem um sistema jurídico ainda que não tenha sido produzido pelo estado dominante. Mais ainda: a comunidade social constitui um *estado*, só que dominado.¹¹⁵

Partindo de estudos sociológicos, Boaventura de Sousa Santos identificou pluralismo jurídico na constituição por uma comunidade capitalista delimitada (pelo autor denominada Pasárgada¹¹⁶) de um estatuto jurídico próprio, paralelo e, por vezes, em conflito com o direito estatal (pelos moradores denominado direito do asfalto), para a solução dos problemas internos e em razão da exclusão jurídica e social promovida pelo Estado:

¹¹³ CORREAS, ob. cit., Alternatividade e Direito, p. 105.

¹¹⁴ CORREAS, Óscar. **Introdução à sociologia jurídica**. Tradução de Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996, p. 88.

¹¹⁵ Ibid., p. 89.

¹¹⁶ Boaventura de Sousa Santos realizou estudos empíricos, durante os anos 1970, numa comunidade do Rio de Janeiro – Pasárgada – e identificou a existência de um direito, diferente do estatal, resultado da organização social dos moradores. A Comunidade de Pasárgada originou-se a partir de ocupações em terrenos particulares e, por isso, é ilegal para o direito estatal brasileiro: *“Pasárgada é uma comunidade densamente povoada, no seio da qual se estabeleceu uma teia muito complexa de relações sociais entre os habitantes e entre estes, individualmente, e a comunidade no seu todo, algumas das quais têm origem em contratos (compra e venda, arrendamento etc) e outros negócios jurídicos que envolvem a propriedade, a posse e os direitos reais vários sobre a terra e as habitações (ou parte delas) individualmente apropriadas. Tais relações têm uma estrutura homológica das relações jurídicas. No entanto, à luz do direito oficial brasileiro, as relações desse tipo estabelecidas no interior das favelas são ilegais ou juridicamente nulas, uma vez que dizem respeito a transações sobre terrenos ilegalmente ocupados e a construções duplamente clandestinas. Dentro da comunidade, contudo, tais relações são legais e como tal vividas pelos que nela participam; a intervenção dos moradores neste domínio visa constituir como que um ersatz da proteção jurídica oficial de que carecem.”* In: SANTOS. Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabril, 1988, p. 14.

Existe uma situação de pluralismo jurídico espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social- neste caso, a habitação.¹¹⁷

A relação entre esses ordenamentos identificados não é, para o autor português, igualitária, na medida em que o direito interno da comunidade é dependente do direito oficial. O direito de Pasárgada recorre, frequentemente, ao direito estatal ainda que somente a título argumentativo, com o objetivo de buscar legitimação, simular um ambiente de maior oficialidade ou alcançar coercitividade, pela ameaça de aplicação do direito do Estado, caso haja o descumprimento das regras de conduta estabelecidas pela comunidade.¹¹⁸

Não obstante a hegemonia do direito estatal, o autor português conclui existir pluralismo jurídico, manifestado no plano supranacional pelo direito internacional e no plano interno pelas diversas ordens jurídicas locais, a reger determinadas categorias de relações sociais. Desde o colapso da regulação moderna, vive-se uma época de transição paradigmática para um novo cenário que deverá ser o da emancipação social.¹¹⁹

Já Paolo Grossi, ao considerar que o referente do direito, depois dos fenômenos de globalização, não está mais no Estado e sim na sociedade e além do Estado, entende que os “canais de escoamento” do direito são plurais e que, ao lado do “canal maior” do direito estatal, existem “canais privados”.¹²⁰ Novas fontes com seus instrumentos, institutos, juízes privados (árbitros) passam a partilhar a juridicidade com a estrutura estatal (leis, oficiais de polícia, juízes).¹²¹

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA, José Gerardo (org.). **Introdução crítica ao direito**. 4ªed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p.42.

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007, p. 170.

¹¹⁹ Ibid., p. 171.

¹²⁰ GROSSI, ob. cit., **A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico**, p. 15.

¹²¹ GROSSI, ob. cit., **O direito entre poder e ordenamento**, p. 84.

A ordem jurídica que se quer efetiva não pode mais se limitar à simplicidade e certeza do texto da norma, à vontade do legislador, mas deve ampliar-se na direção da expressividade da sociedade, além da porção exposta em função do direito oficial: *“efetividade mais do que validade, tem-se como resultado imediato o abandono do velho e inadequado monismo jurídico para uma abertura substancialmente pluralista, já que é unitário e compacto o reino do válido, heterogêneo, plural, complexo é, ao contrário, o reino do efetivo.”*¹²²

O pluralismo jurídico refere-se, assim, a toda a juridicidade que vive no âmbito de um mesmo território político, a pluralidade de ordenamentos jurídicos: *“a antiga tipicidade das fontes, que permitia às mesmas um atento controle por parte do poder político, cede lugar a uma pluralização, que se transforma em substancial atipicidade.”*¹²³ Os juristas com sua *“capacidade ordenante”*¹²⁴ devem, nesse cenário de pluralismo jurídico, assumir com ênfase o papel de mediadores *“entre o pluralismo dos valores de uma sociedade e a surdez dos textos legislativos”*¹²⁵.

Um conceito de pluralismo que atenda aos valores da diversidade e da emancipação sociais é sugerido por Antonio Carlos Wolkmer, para quem os *“movimentos sociais”* (denominação dada a *“sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”*¹²⁶) não reconhecem o aparato estatal como adequado para representar seus interesses, atender suas necessidades e solucionar suas demandas e conflitos de um modo que lhes pareça justo.

Tais agentes, por isso, fomentam uma composição social que inclua múltiplas organizações, uma nova estrutura institucional e uma autonomia relativa, especialmente perante o Estado. As fontes de direito, nesse cenário, escapam à exclusividade estatal para serem encontradas no âmbito das relações sociais, em

¹²² GROSSI, ob. cit., **A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico**, p. 15.

¹²³ GROSSI, ob. cit., **O direito entre poder e ordenamento**, p. 128.

¹²⁴ Ibid., p. 130.

¹²⁵ GROSSI, ob. cit., **A identidade do jurista, hoje**, p. 82.

¹²⁶ WOLKMER, ob. cit., **Pluralismo Jurídico**, p. 122.

suas essencialidades, em seu modo de produção de vida material e em seu registro cultural e valorativo:

Ora, o Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários.¹²⁷

A formulação teórica proposta por Wolkmer ao pluralismo jurídico designa *“a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”*¹²⁸. É de teor comunitário e participativo, identificado com uma outra forma de legalidade, comprometida com a emancipação social e oriunda dos valores e das práticas dos movimentos sociais que se contrapõem à globalização hegemônica. Esse novo projeto deriva, pois, das práticas sociais insurgentes, motivadas para a satisfação de necessidades essenciais.

Assim, os pressupostos para se pensar as fontes de direito devem ser os sujeitos coletivos, o sistema de necessidades humanas, a descentralização e participação política, a consolidação de uma ética de alteridade e a construção de uma racionalidade emancipatória:

Torna-se imperativo que o pluralismo como novo referencial do político e do jurídico esteja necessariamente comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos (legitimidade dos autores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais (“fundamentos materiais”) e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégia). Soma-se ainda a inserção do pluralismo jurídico com certos “fundamentos formais” como a materialização de uma “ética concreta da alteridade” e a construção de processos atinentes a uma “racionalidade emancipatória”, ambas capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, informalidade e autonomia dos agentes legitimadores.¹²⁹

¹²⁷ WOLKMER, ob. cit., Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina, p. 143.

¹²⁸ WOLKMER, ob. cit., **Pluralismo Jurídico**, p. 171.

¹²⁹ Ibid., p. 233.

O pluralismo jurídico comunitário-participativo proposto perpassa, portanto, pela autonomia dos vários grupos sociais, independentemente do poder estatal; pelo deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; pela participação de todos os grupos – também os minoritários - no processo decisório; pelo privilégio que o poder local assume diante do poder central; pela rejeição da homogeneidade e formulação de uma ética de alteridade, comprometida com a dignidade do outro, em contraposição à cultura individualista moderna; pela criação de uma estrutura de convivência entre os vários grupos sociais onde se coloque em prática a moderação; e pela elaboração de uma racionalidade de caráter emancipatório, de caráter dialético e gerado no próprio cotidiano da vida social.¹³⁰

António Manuel Hespanha admite que o direito pode se revelar por outros meios, para além dos estaduais, em atenção a uma variedade e complexidade de planos de regulação que já existem (no plano fático) na sociedade¹³¹:

Falar de narrativas jurídicas é, então, apontar para a natureza inevitavelmente plural do(s) direito(s) numa mesma comunidade, por muito integrada que ela possa parecer. Pois nela sempre haverá grupos – profissionais, etários, culturais, étnicos ou religiosos - que terão narrativas diferentes acerca do que é direito – do que é lícito e ilícito -, de quem estabelece a diferença, de que coisas são permitidas ou proibidas, em que âmbitos o direito afeta as vidas de cada um e em que medida é que cada um de nós o pode afetar a ele.¹³²

Porém, as variadas fontes de direito não devem estar escalonadas em um formato de pirâmide, mas sim em uma estrutura similar a uma rede, na qual a constituição e as leis ocupem posições não necessariamente hegemônicas em relação às fontes não estatais: *“o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles”*¹³³. É preciso, ainda, separar do pluralismo jurídico as normas que somente tenham vigência social, sem

¹³⁰ Ibid., p. 175.

¹³¹ HESPANHA, ob. cit., **O Caleidoscópio**, p. 524.

¹³² HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 12.

¹³³ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Europeia**, p. 550.

terem sido efetivamente recebidas na comunidade por via de consensos justos, adequados e suficientemente inclusivos.¹³⁴

Expostos os pensamentos de alguns autores relevantes ao tema, percebe-se a variação de conceito de pluralismo jurídico a explorar a existência de ordens jurídicas alternativas ao direito do Estado, porque por ele inferiorizadas ou ignoradas; a existência de ordens jurídicas globais, que extrapolam os limites nacionais do Estado soberano; a existência de ordens jurídicas universais, as quais decorrem de valores coletivos como dignidade da pessoa humana, direitos humanos, meio ambiente equilibrado, dentre outros. Um problema é, ao que se extrai, a definição do fenômeno de pluralismo jurídico. Ou dito de outra maneira, apontar com precisão os fenômenos aos quais é aplicável o sentido de pluralismo jurídico.

Todavia, o reconhecimento de diversos segmentos sociais cada qual com suas diferenciadas formas de composição (pluralismo social) e da regulação normativa privada e comunitária para além do direito estatal é o cerne dos estudos acerca do pluralismo jurídico, em suas várias facetas.

Ainda que haja diversos enfoques e recortes pluralistas que impedem uma sintetização de um único conceito, há pontos de convergência entre os autores acima mencionados: o pluralismo jurídico (i) é reflexo da extensão, da dinâmica e da complexidade da sociedade. Houve, por isso, o deslocamento do ponto de referência do direito do Estado para a sociedade; (ii) opõe-se, de maneira frontal, à universalização dos indivíduos, em prol do respeito e reconhecimento da pluralidade social e, por consequência, da regulação normativa que lhe seja própria; (iii) é reação ao domínio de grupos de pressão econômica, social ou cultural no processo político; (iv) percebe que apenas uma pequena parcela das inúmeras expectativas sociais (e não necessariamente as mais relevantes delas ou as mais abrangentes para todos os grupos sociais) encontram guarida no direito positivo estatal, em um processo de exclusão e marginalização.

Por uma escolha metodológica, o conceito de pluralismo jurídico aqui adotado será o formulado por António Manuel Hespanha: admissão que o direito se manifesta de forma plural e não-hierarquizada, para além do expressamente

¹³⁴ HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?, p. 07.

declarado na lei estatal, por normas que regulam comportamentos sociais, cuja vigência efetiva seja reconhecida, e que correspondam a concordâncias sociais alargadas para serem, por isso, estabilizadoras.¹³⁵ Pluralismo jurídico é, por conseguinte, a junção do pluralismo normativo à legitimação democrática.

¹³⁵ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 77.

2. PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA: ENFOQUE ESPECÍFICO PENSADO POR ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

2.1 A NECESSÁRIA DEMOCRATICIDADE DO DIREITO

A Teoria do Direito não pode se amoldar a um modelo de direito único – o direito do Estado –, quando a realidade da diversidade social já evidenciou a existência de várias fontes produtoras de direito. Contudo, a ordem normativa plural apresenta a problemática de, por um lado, conformar esses vários direitos, sem os restringir artificialmente à unidade, preservando-lhes suas especificidades; de outro vértice, manter um nível mínimo de integração das normas que regulam a vida em comum¹³⁶, para que não se precise “*viver num caos de direitos, que é o mesmo do que viver sem direito*”¹³⁷.

Sob essa argumentação central, António Manuel Hespanha entende que a concepção realista da Teoria do Direito definida somente pela vigência – o direito é aquilo que, numa comunidade, vigora como tal¹³⁸ – precisa ser aperfeiçoada.

Mais do que abstratamente justo ou ideal, o direito tem a função indeclinável de resolver os conflitos, as lides concretas do povo que irão, por natureza, existir. A ciência jurídica é, não se questiona, concebida de maneira artificial, mas para dirimir o que de mais natural há no convívio humano social: o litígio.

Daqui, surgem duas questões estruturantes do pensamento que se quer desenvolver: planos variados de regulação já existem – faticamente – na sociedade. Como apontado por Hespanha, o pluralismo normativo é um fato, antes mesmo de ser um ideal ou um perigo.¹³⁹ Independentemente da avaliação positiva ou negativa, dos benefícios ou dos custos, as diversas normatizações sociais existem:

¹³⁶ O conceito de *vida em comum* remonta à ideia aristotélica do *zoon politikon* (“animal político”), para traduzir a essencialidade do convívio humano. Nesse sentido, a ciência jurídica foi concebida exatamente para dirimir as naturais controvérsias da (con)vivência social.

¹³⁷ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 09.

¹³⁸ HESPANHA, ob. cit., **O Caleidoscópio**, p. 81.

¹³⁹ Ibid., p. 524.

Por isso, este pluralismo jurídico a que nos referimos, antes de ser algo que surgiu nos nossos dias, por circunstâncias particulares dos tempos e das políticas, é antes algo de sempre, pois tem a ver com a maneira de ser dos próprios grupos humanos – a sua diversidade de maneiras de ver o mundo, as relações dele com os homens e as que os homens mantêm entre si. *Ibi societas, ibi iura* (agora, no plural).¹⁴⁰

Entretanto, *existem* também os problemas reais, *concretos* da convivência em grupo para os quais o direito é chamado a dar uma solução. Existem, igualmente no plano fático, momentos concretos de conflito nos quais o direito precisa conciliar as normas sociais diversas – e, por vezes, incompatíveis entre si – encontradas na sociedade plural: *“um direito regula um espaço de convívio, de acomodação de expectativas, de compatibilização de interesses”*¹⁴¹. Precisa, mais ainda, o direito proteger os excluídos ou rejeitados pela normatização, qualquer que ela seja: o direito deve ser inclusivo e atender não apenas àqueles que sempre o são; mas também e sobretudo àqueles que quase nunca o são. No alerta pertinente de António Manuel Hespanha, *“o facto de o pluralismo estar aí não nos força, todavia, a ser sociologicamente ingênuos”*¹⁴².

Refletir o direito dentro da complexidade das sociedades contemporâneas *“pressupõe o reconhecimento do outro, da contingência, a plena aceitação de que o conflito é inerradicável da comunidade política. Porém, a indeterminação de sentido, inevitável nas sociedades democráticas, pressupõe um determinado grau de fechamento”*¹⁴³.

Assim, a questão que se põe diante do pluralismo normativo em uma experiência de complexificação social é objetiva: saber se toda norma produzida por um – qualquer que seja – agrupamento humano pode ser reconhecida como jurídica. Isso, para a hipótese de se pretender que o direito não represente instrumento de dominação e exclusão ou, dito de outro modo, que a criação do direito não fique sob o controle de determinadas classes sociais que compõem a elite dominante no plano social, cultural, econômico ou político e/ou que pretendam

¹⁴⁰ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo.**, p. 11.

¹⁴¹ Ibid., p. 11.

¹⁴² HESPANHA, ob. cit., **O Caleidoscópio.**, p. 524.

¹⁴³

defender seus interesses particulares e difundir suas concepções internas de justiça e correção.¹⁴⁴

Em uma visão pluralista, a definição do direito precisa ser relativizada ou tratada de maneira bastante transversal, para que possa comportar, de forma adequada e não violadora, as mais variadas práticas normativas que coexistem na sociedade.¹⁴⁵ Todavia, é imprescindível haver diferenciação do direito e de outras formas de regulação de comportamento social, costumes, moral, religião, estética, ética, lógica ou pretensão de poder de um grupo específico.

Para além disso, na cultura contemporânea, é necessário que o direito exprima as pretensões disseminadas da comunidade, seja a vontade do povo e reconheça o princípio democrático, para que não se generalize a compreensão de direito a todas as normas efetivamente correntes no corpo social.¹⁴⁶ Isso porque, se assim o fosse, correr-se-ia o grande risco de se *“renunciar à capacidade inovadora, programática e corretiva do direito, aceitando como justo tudo aquilo que vigora”*¹⁴⁷.

De antemão, faz-se uma ressalva: não se pretende, nessa dissertação, questionar quais normas em vigor numa comunidade são justas, tampouco se existem (e, se sim, quais seriam) critérios garantidores da justiça das normas.¹⁴⁸ Quer-se, traçando recortes bem delineados ao estudo, seguir a linha de

¹⁴⁴ COELHO, ob. cit., **Teoria Crítica do Direito**, p. 501.

¹⁴⁵ É fundamental reiterar aqui que, sob a perspectiva adotada no presente trabalho, essa pluralidade de práticas normativas é uma realidade social indissociável. Independentemente de juízo de valor acerca da sua pertinência, dos seus benefícios ou de eventuais prejuízos dela derivados, diagnostica-se esse fato, fundamental para se lançar as estruturas fundantes da pesquisa ora promovida.

¹⁴⁶ Eis o grande desafio imposto ao Direito: reconhecer e responder à complexidade inerente à realidade social. E isso se traduz como um desafio exatamente “porque há uma crise de modelo (que não deixa de ser uma espécie de ‘modo de produção de Direito’) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, pena, processual penal e processual civil etc.)” In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 11, 2014, p. 62.

¹⁴⁷ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 11.

¹⁴⁸ Pertinente a observação de Óscar Correias, que se traz em tradução livre: *“ninguém no seu perfeito juízo confunde estes dois tipos de problemas: os de justiça e os de direito positivo - o que existe -, porque é obedecido por bem ou imposto pela violência. Em outras palavras: a teoria do direito deixou para a filosofia o problema mais importante, que é o da justiça, e ficou com a rocha que é o direito como ele é.”* CORREAS, Óscar. ¿Kelsen y el pluralismo jurídico? (Kelsen and Legal Pluralism?). **Crítica Jurídica Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**. n. 32. 2011, p. 49.

raciocínio de António Manuel Hespanha, da qual se extrai que “a simples vigência não garante a validade jurídica das normas, desde que se pretenda que as normas jurídicas correspondam a consensos sociais alargados e adequados (fair) e sejam por isso estáveis e estabilizadoras”¹⁴⁹. Se não se exigir que a vigência esteja assente num acordo comunitário expandido¹⁵⁰, as normas jurídicas não terão durabilidade e nem serão inclusivas.

A vigência curta e oscilante (e não “estáveis e estabilizadoras”) dos sistemas de normas em uma sociedade impede distinguir direito de preceitos morais e religiosos, regras de convívio e ambição de controle de determinado grupo social cultural, econômico ou político, o que seria decisivo para a própria falibilidade do sistema jurídico.

É relevante ponderar a existência de uma sensibilidade comum que não aceita culturas jurídicas autoritárias que pretendam impor, a todos, padrões de justiça classificados, unilateralmente, como certos e seguros.¹⁵¹

Se o direito é feito – ou reconhecido como tal – e aplicado de uma só maneira à massa de cidadãos, transforma-se num “*instrumento de exclusão política e social, num fator de generalizada irritação dos sentimentos comunitários de bom governo e de justiça*”¹⁵². Os resultados são de supressão, angústia e conflitos sociais, exatamente o oposto daquilo que a ciência jurídica é chamada a promover.

As comunidades complexas multiplicam as regulações do direito (que é, por isso, plural); todavia, cada qual com suas permissões e impedimentos: uma conduta que é autorizada, abusiva ou obrigatória para uma, pode ser tratada de modo diferente por outra.¹⁵³ As conjecturas e hipóteses que desencadeiam a formulação dessas regulações são, por vezes, evidentes somente no cerne de uma cultura:

¹⁴⁹ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 79.

¹⁵⁰ António Manuel Hespanha esclarece que a sua premissa de que o direito deve ter por base o consenso inclusivo da comunidade (e não apenas a autoridade de uma elite social, cultural, econômica ou política) foi colhida de J. Habermas, embora discorde do otimismo do autor referência quanto à realizabilidade das condições para que um consenso seja atendido. In: HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 157.

¹⁵¹ Ibid., p. 11.

¹⁵² HESPANHA, ob. cit., **Caleidoscópio**, p. 6.

¹⁵³ A exemplo, quando se distingue o tratamento dado a casamentos e uniões estáveis; monogamia e poliamor; capazes e incapazes; propriedade e posse; direitos adquiridos e expectativas; interesses juridicamente protegidos e interesses juridicamente irrelevantes; dignidade humana; liberdade.

As comunidades complexas, variegadas e entrelaçadas em que vivemos multiplicam as regulações, as versões do direito, com as suas permissões e interdições específicas de cada uma; inconsistentes umas com as outras. Cada uma delas autorizando ou proibindo comportamentos que a outra trata diferentemente. O que uns grupos acham ser um uso das suas faculdades jurídicas outros acham que é um abuso. O que uns pensam dever fazer outros acham que é apenas uma possibilidade, não obrigatória. O que uns acham que é uma manifestação de egoísmo ou de ganância outros creem ser um direito seu – mesmo um direito fundamental.¹⁵⁴

Se pluralismo jurídico for tão-somente a coexistência de normas que reclamam obediência num mesmo território e que pertencem a grupos sociais, culturais, econômicos ou políticos distintos (vigência plural), o direito indígena, não escrito, por exemplo, deverá conviver com as normas produzidas pelo Estado hegemônico. Porém, também deverão coexistir, os sistemas normativos impostos pelo narcotráfico em territórios latino-americanos de extensão não desprezível, assim como os variados sistemas religiosos.¹⁵⁵

Aceitar como direito toda e qualquer norma em vigor nos grupos sociais presume a bondade e correção de todas elas, ainda que a prática recorrente revele várias dominações e imposições, como a normatização prescrita pelas:

múltiplas irracionalidades da governação empresarial – a atomização do mercado, a sua manipulação egoísta e corporativa, o afastamento das leis da concorrência pelo favorecimento e compadrio, o desperdício, o sacrifício do interesse geral, a insensibilidade a interesses coletivos, a complacência com processos de arbitragem pouco inclusivos e cegos em relação aos interesses gerais.¹⁵⁶

É preciso considerar que o pluralismo social envolve cisões não apenas étnico-culturais, mas também comunitárias, funcionais, organizacionais, além daquelas criadas nos vários tipos de relação opressor-oprimido, incluído-marginalizado (baseados em questões de gênero, raça, classe social, nível

¹⁵⁴ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 12.

¹⁵⁵ Esse estudo não tem, em absoluto, o objetivo de pronunciar-se sobre a justiça das atitudes de um ou outro sistema. Ainda quando as assertivas possam servir para formular tais juízos de valor, a pesquisa, dentro dos seus próprios limites, pretende tão somente estudar este fenômeno mais que julgá-lo.

¹⁵⁶ HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?, p. 12.

educacional, cultura) e, ainda, nas relações envolvidas na dinâmica do processo de globalização e que fragmentam substancialmente a sociedade.

A escolha por um ou outro enfoque acarreta disseminações de poder na sociedade:

A preferência pelas leis do mercado favorece aqueles que podem aproveitar melhor as vantagens da livre iniciativa – industriais, distribuidores, comerciantes, financeiros – e ditar leis aos mercados. Em contrapartida, os consumidores – condicionados pelo seu poder de compra, pela manipulação da publicidade, pela deficiência de organização -, os trabalhadores – dependentes da existência e condições de emprego, que não dominam -; os ambientalistas – dificilmente organizáveis, apelidados de utopistas pelos “industrialistas” e contrapostos aos alegados impossibilidades e perigos de contrariar as leis do mercado -; todos eles perdem normalmente com o reconhecimento deste primado do direito dos negócios. A irracionalidade dos mercados – facilmente constatável – e a desigualdade dos vários agregados que participam neles repercute-se na desigualdade dos benefícios que os diversos grupos sociais tiram de um direito decalcado sobre as “leis naturais” do mundo dos negócios.¹⁵⁷

A adequação do sentido de direito à pura vigência de todas as normas produzidas por qualquer ordem de grupo social reforça tais segmentações em um sistema binário de prioridade-indiferença, centralidade-marginalidade, inclusão-exclusão, a ferir as condições mínimas de representatividade e legitimidade, em um cenário marcado pela desarmonia e crise de convivência social: *“seria uma desgraça, porém, caso este comportamento de disponibilidade se convertesse em um fácil entusiasmo e, saltando emoções e humores, em uma aceitação acrítica”*¹⁵⁸.

A ausência de critério de legitimação que deva obedecer a norma vigente equivale a *alguém* substituir o povo na tarefa de criar o direito.¹⁵⁹ Esse *alguém* poderá ser uma elite de especialistas, uma elite econômica, uma elite cultural ou quem entenda ser o sabedor das soluções “certas e justas”, carente de qualquer legitimação. Assim, *“se o direito, como dimensão ordenadora da sociedade, não pode renunciar a um arranjo formal, isso deve sempre nutrir-se de*

¹⁵⁷ Ibid., p. 13.

¹⁵⁸ GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência jurídica. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009, p. 169.

¹⁵⁹ HESPANHA, ob. cit., **O caleidoscópio**, p. 94.

*valores legitimantes, depondo a perniciosa presunção de uma autolegitimação como o único fundamento de um texto normativo autorizado*¹⁶⁰.

Em um momento de comunicação em massa e de redes sociais – que facilitam a auto intitulação como representante de interesses, de manifestações “populares”, de “instituições da sociedade civil”, de intérpretes máximos da Constituição Federal –, aceitar todo e qualquer discurso como capaz de criar direito, sem critério de legitimação, é tão arriscado quanto o monopólio da narrativa jurídica, por conta das intrínsecas ideologias próprias e pouco (ou nada) ponderadas. Regulações de expectativas (gestadas e organizadas nos próprios grupos sociais) podem ser, por vezes, precisas e seguras; contudo, em outras tantas, podem ser mais incertas e arriscadas que as próprias normas definidas pelo direito estatal.

O modo de se evitar imposições autoritárias e excludentes pode ser, verdadeiramente, a organização democrática da sociedade: o direito *“há de corresponder àquilo que se manifeste como mais consensual, mais igual, mais estabilizador das relações comunitárias, mais inclusivo, menos irritante ou frustrante”*¹⁶¹.

A hipótese de reconhecer fontes de direito concorrentes impõe a necessidade de credibilidade e controle dos modos pelos quais elas se manifestam, para que não se corra o risco de o direito ser uma vontade imposta e não alargada. Desse modo, é fundamental que o conteúdo dos direitos plurais sejam mais do que opiniões subjetivas: faz-se *mister* que tenha algum suporte objetivo *“em sentimentos de razoabilidade ou de justiça largamente compartilhados, num diálogo transparente, igualitário e não manipulador”*¹⁶².

Na hipótese de não ser mantida a democraticidade do direito num contexto pluralista, as normas de convívio serão incertas, abalando os fundamentos da ordem social harmônica ou entregando as regulações à discricionariedade das forças sociais, culturais, econômicas ou políticas mais poderosas. Para elucidar esse tema, destaca-se a insolência do poder econômico, que não é de forma

¹⁶⁰ GROSSI, ob. cit., **A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico**, p. 22.

¹⁶¹ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 11.

¹⁶² HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 328.

alguma menor do que a ameaça do poder público: *“o risco é a instrumentalização da dimensão jurídica à satisfação de interesses econômicos, que com frequência se concentram – em um clima de capitalismo desenfreado – no alcançar com qualquer meio e a qualquer custo o maior lucro possível”*¹⁶³.

Por isso, caso haja coincidência de vigência com validade, reconhecendo como normas jurídicas válidas todas as normas que vigorarem na sociedade, poderá haver regulação hegemônica de uma elite social, cultural, econômica ou política ou regulação por normas desconhecidas, imprecisas ou não aceitas por quem não pertence ao grupo gestor¹⁶⁴:

Quem creia que as normas para lidar consigo e com os outros estão fixadas pela religião achará, normalmente, que o direito do Estado não é o único e muito menos o último critério para avaliar a licitude dos nossos comportamentos. Os cristãos pensaram, durante muitos séculos, que a Bíblia e os mandatos da(s) Igreja(s) valiam por cima do direito dos poderes temporais; uma substancial parte dos muçulmanos pensam ainda hoje o mesmo, o mesmo acontecendo com muitos judeus e, até, com alguns fundamentalistas cristãos. Por sua vez, aqueles que creem que as instituições humanas têm *uma* configuração espontânea, uma natureza (a natureza da sociedade, a natureza da família, a natureza do sexo, a natureza dos contratos, a natureza do mercado) ou que acham que podemos conhecer por especulação intelectual o que é justo ou injusto na organização da vida em comum também pensarão que essa natureza ou essa reflexão sobre a justiça não de poder valer por cima daquilo que os parlamentos ou os governos democráticos decidem ser lei. Os liberais em economia têm por certo que as leis do mercado, a liberdade de indústria, de propriedade e de comércio levam, automaticamente, ao maior bem-estar coletivo e às regras de convivência mais adequadas para chegar a esse estado; por isso, creem que o Estado não deve regular quase nada, devendo limitar-se a garantir que esses vários aspetos da liberdade de escolha e de ação efetivamente vigorem. Em qualquer dos casos, uma regulação arbitrária do Estado, além de ilegítima, seria inútil, pois a natureza das coisas, os impulsos naturais do homem ou a vontade divina não se deixam contrariar duradouramente (*“Chassez le naturel, il reviendra au galop”*). Os que aderem a uma concepção puramente individualista da sociedade tendem a identificar com direito principalmente aquilo que provém de acordos entre sujeitos de direitos, com um pequeníssimo número de restrições, introduzidas para proteger interesse de terceiros ou, em casos muito

¹⁶³ GROSSI, ob. cit., Globalização, Direito, Ciência jurídica, p. 170.

¹⁶⁴ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 139.

contados, interesses gerais da comunidade (cláusulas de ordem pública, impostas pelo Estado, e pouco mais).¹⁶⁵

Ainda que se pondere uma pluralidade de ordens normativas, o esforço por um direito partilhado com atribuição de dirigir um bem comum, de convívio equilibrado, de arranjo de expectativas, de consonância de interesses e de solidariedade social vai ao encontro do fundamento basilar da República: a cidade deve ser um espaço no qual a totalidade social prevalece sobre os interesses pessoais, para a dominação e para o controle do caos ordinário.¹⁶⁶ Tem de haver a perfeita conjugação entre a salvaguarda das diferenças e a inevitável interação social, conforme pontua, de maneira lapidar, António Manuel Hespanha:

No entanto, a sobreposição complexa de todos em espaços partilhados pressupõe consensos quanto às regras de conviver. Consensos, porém, há muitos. Evitando qualificativos que dependam das valorações de cada um – como consensos justos e consensos injustos –, fiquemo-nos em que há consensos mais autossustentáveis do que outros. Consensos obtidos por imposição, por silenciamento de dissidentes, por manipulação, por simplificação e superficialidade do debate, são possíveis e, até, frequentes. Mas, como não é possível que poucos enganem ou violentem muitos e por muito tempo, tais consensos enfraquecerão à medida que o diálogo comunitário se for tornando mais inclusivo e reflexivo.¹⁶⁷

A validade da norma não pode, por isso, decorrer de concepções filosóficas particulares acerca da justiça.¹⁶⁸ Pelo contrário, deve advir da capacidade das normas de ter vigência sustentada como *normas jurídicas*, para permanecerem no tempo, o que decorre do seu carácter estabilizador e este da sua aptidão para atender a ponto de vistas e interesses diferenciados e diferentes.

A tão-só relação aos usos e aceites sociais não é o que basta, em uma sociedade marcada pela desigualdade, para assegurar que as normas expressem, de modo inclusivo e nivelado, as vontades das pessoas interessadas. Mormente na hipótese de se considerar “interessados” na ordenação não somente

¹⁶⁵ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 25.

¹⁶⁶ Em atenção à necessária metodologia pertinente a dissertações de mestrado, remete-se o tema para aprofundamento em PLATÃO. **A República**. Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

¹⁶⁷ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 12.

¹⁶⁸ Nesse caso, a democracia e os avanços sociais passariam a depender das posições individuais dos juízes. In.: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso** – decido conforme minha consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23.

aqueles que estão frontalmente comprometidos no vínculo social a regulamentar, como também a coletividade por completo, sobre a qual se ressoam, mais ou menos diretamente, os efeitos dessa regulação à primeira vista apenas setorial.¹⁶⁹

A pertinência da regulação global – não somente de um grupo social – está, na essência, em evitar direito corporativista, submetido aos interesses individualistas e exclusivos.¹⁷⁰ Mesmo na esfera do próprio setor de regulação, é necessário colher a opinião e a perspectiva de todos os envolvidos, para o fim de se impedir um direito que, além de categorizado, seja desigual e elitista, abarcando unicamente os pontos de vistas dos considerados “*dominantes internos*”¹⁷¹. Por isso, reconhecendo que há direitos não positivados – núcleo do pluralismo jurídico – a legitimidade deverá integrar os critérios de juridicidade:

uma ordem normativa, ainda que não prevalecente, será portanto jurídica somente se for legítima, ainda que se considere que nem todo direito seja legítimo. (...) Legitimidade então pressupõe consenso mais ou menos generalizado, e legitimação é a tecnologia da obtenção desse consenso junto aos membros do grupo.¹⁷²

O parâmetro da legitimação democrática servirá tanto para a identificação das ordens normativas vigentes na comunidade como, também, para impedir escalonamento formal ou arbitrário de fontes de direito. A comunidade poderá aceitar, por meio idôneos, como direito outras normas vigentes para além daquelas que tiverem sido estabelecidas pela Constituição e, conseqüentemente, poderá reconhecer a estas outras normas primazia sobre aquelas derivadas, oficialmente, dos órgãos estatais¹⁷³:

A centralidade da Constituição e das leis não é um qualquer fetiche da técnica jurídica, mas antes a tradução de um princípio jurídico crucial - o da centralidade da soberania do povo. Só que, num contexto de pluralismo jurídico, estes princípios têm que ser re-elaborados, de forma a abrangerem um direito que tem, não a estrutura de uma pirâmide cujo topo é a constituição e as leis, mas antes a estrutura de uma rede, em que constituição e leis ocupam posições não necessariamente hegemónicas em

¹⁶⁹ HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?, p. 19.

¹⁷⁰ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Quem tem o poder de “dizer o direito”? In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). **O Direito nos Tribunais Superiores**. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 383.

¹⁷¹ Ibid., p. 17.

¹⁷² COELHO, ob. cit., **Teoria Crítica do Direito**, p. 504.

¹⁷³ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 69.

relação a fontes não estatais de direito. Esta re-elaboração do princípio da democraticidade do direito supõe um exame das várias fontes de direito, no sentido de saber se elas correspondem a constelações normativas recebidas na comunidade por via de consensos justos (fair, adequados) e suficientemente inclusivos.¹⁷⁴

Enquanto não houver um mecanismo que permita acolher, verdadeiramente e sem discriminação, todas as formas de manifestação autônoma do direito e de dar a todas elas os mesmos peso, nível e capacidade de produzir direito na comunidade jurídica, de modo igualitário, não imposto e inclusivo, é preciso que se privilegie os ordenamentos vigentes que garantam uma maior democraticidade. Isso porque esses ordenamentos legitimados pelo consenso democrático, *“não sendo isentos de defeitos, são, pelo menos, os mais transparentes e participados que a experiência política tem conseguido fazer funcionar, pelo menos em comunidades de grande dimensão, em que o diálogo equilibrado e face to face – ou algum seu substituto moderno – se mostra impossível, insuficiente ou mistificador”*¹⁷⁵.

A questão posta, assim, é a relação entre o pluralismo das fontes de direito e a democraticidade envolvida: apenas pode pretender vincular todos a norma que foi reconhecida por todos; não é direito senão aquilo que resultar de concordâncias coletivas e abrangentes.¹⁷⁶

2.2 LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DECORRENTE DO RECONHECIMENTO

A preocupação norteadora desse estudo é a de não desprezar, em razão do tratamento pluralista das normas, a necessidade de o direito se legitimar por meio do reconhecimento e do consenso da comunidade, de modo a não se incorrer na temeridade *“de não abandonar o paradigma democrático de legitimação (validação)”*¹⁷⁷.

¹⁷⁴ HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?., p. 07.

¹⁷⁵ HESPANHA, ob. cit., **O Caleidoscópio**, p. 75.

¹⁷⁶ Ibid., p. 77.

¹⁷⁷ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**., p. 117.

A identificação daquilo que a comunidade atual, na sua diversidade, considera como direito exige um processo fiel à realidade social, na sua complexidade, mas também na sua democraticidade. Nesse sentido, *“o pluralismo deve ser um complemento para a democracia e não um seu substituto”*¹⁷⁸.

Com o intuito de facilitar a compreensão do silogismo desenvolvido por António Manuel Hespanha, pontuam-se as duas premissas já desenvolvidas nos capítulos e tópicos anteriores: (i) o pluralismo normativo é um fato real, que já existe na sociedade; (ii) porém, a simples vigência não torna as normas que regulam os comportamentos sociais automaticamente integrantes do direito, pois, para serem jurídicas, as normas precisam ser democráticas. Assim, esquematicamente, tem-se:

(i) o pluralismo normativo é um fato real, que já existe na sociedade, vez que:

- a. independentemente da avaliação positiva ou negativa, dos benefícios ou dos custos, as diversas normatizações sociais, para além das estatais, existem na realidade e práticas sociais, de forma inegável;
- b. reflete o modo de ser dos próprios grupos humanos, a diversidade de visão da vida, as variadas relações internas e externas das comunidades;
- c. os diversos grupos – profissionais, etários, culturais, étnicos ou religiosos – terão narrativas diferentes acerca do que é direito (do que é lícito e ilícito, de que coisas são permitidas ou proibidas, em que âmbitos o direito afeta as vidas de cada um).

(ii) as normas vigentes, que regulam os comportamentos sociais, precisam ser democráticas para serem jurídicas, porque:

- a. o direito regula um espaço de convívio, de compatibilização de interesses e conflitos, tendo a função de conciliar as normas sociais

¹⁷⁸ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Europeia.**, p. 556.

diversas – e, por vezes, incompatíveis entre si – encontradas na sociedade plural;

b. o direito deve proteger os excluídos ou rejeitados pela normatização, qualquer que ela seja, impedindo que a regulação fique sob o controle de determinadas classes sociais que compõem a elite dominante no plano social, cultural, econômico ou político e/ou que pretendam defender seus interesses particulares;

c. o direito não pode equivaler a todas as normas de conduta social, costumes, moral, religião, estética, ética, lógica ou pretensão de poder de um grupo específico, sob pena de ter que acatar concepções particulares de justiça e correção, e aceitar como justo tudo aquilo que vigora;

d. o direito não pode presumir a bondade e correção de todas as normas vigentes, ignorando práticas reais de dominações e imposições;

e. aceitar todo e qualquer discurso como capaz de criar direito, sem critério de legitimação, é tão arriscado quanto o monopólio da narrativa jurídica, por conta das intrínsecas ideologias próprias e pouco (ou nada) ponderadas do grupo gestor;

f. aceitar todo e qualquer discurso como capaz de criar direito, sem critério de legitimação, equivale a aceitar regulação por normas desconhecidas, imprecisas ou não aceitas por quem não pertence ao grupo gestor;

g. o direito será, inevitavelmente, chamado a solucionar as lides da vida real, uma vez que a cidade tem de ser um espaço no qual a totalidade social prevalece sobre os interesses pessoais, para a dominação e para o controle do caos ordinário.

Sendo assim, havendo necessidade de aliar o pluralismo normativo (que significa, a grosso modo, vigência efetiva de fontes variadas de direito) à democraticidade (que garantirá validade jurídica) para se alcançar pluralismo

jurídico¹⁷⁹, surge o seguinte questionamento à teoria das fontes de direito: como decidir quais são as normas – dentre aquelas que regulam comportamentos sociais e cuja vigência efetiva pode ser observada – que são normas jurídicas por serem democráticas? Indagado de outro modo: qual será, num contexto de pluralidade normativo, o critério que dará às normas vigentes legitimação democrática?¹⁸⁰

O processo que garantirá legitimação democrática ao pluralismo normativo (alcançando, ai sim, pluralismo jurídico) exige, na sugestão de António Manuel Hespanha, a soma de requisitos *realísticos*, escapando do pressuposto meramente formal com o qual cair-se-ia no problema do *fundamento místico da autoridade das leis*, definido por Paolo Grossi.¹⁸¹

As fontes de direito, nessa lógica, para terem legitimidade democrática, terão que ter vigência reconhecida por corresponderem a concordâncias sociais alargadas¹⁸² para serem, a partir daí, estabilizadoras.¹⁸³

A legitimação do direito somente por meio de um hipotético contrato social que dá origem a uma única vontade geral (concepção individualista e pactual da sociedade, como a que foi pensada pela filosofia política dos finais do séc. XVIII e que, em geral, fundamenta a democracia representativa¹⁸⁴) é inaceitável em uma sociedade complexa e diversificada, por várias razões: primeiro, porque um “contrato” que não inclua todos e não reclame igualdade entre dos contratantes não é uma matriz de legitimidade; segundo, porque o interesse de grupos também deve ser considerado, não somente o de indivíduos; terceiro, porque a satisfação coletiva

¹⁷⁹ Conforme explanado no item 1.2 deste trabalho, existem vários contornos e perspectivas que obstam a sintetização de uma única conceituação de pluralismo jurídico. Portanto, por uma seleção metodológica, o conceito de pluralismo jurídico aqui adotado será o formulado por António Manuel Hespanha: reconhecimento que o direito se manifesta de forma plural e não-hierarquizada, para além do expressamente declarado na lei estatal, por normas que regulam comportamentos sociais, cuja vigência efetiva seja aceita e que correspondam a concordâncias sociais alargadas para serem, por isso, estabilizadoras.

¹⁸⁰ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 75.

¹⁸¹ Sob a lógica da legitimação jurídica estabelecida sob o critério formal, Grossi indica que, nesses casos, “as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis”. In.: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 43.

¹⁸² Muito embora não se vá adentrar no critério da consensualidade neste estudo, esclarece-se que concordâncias alargadas vêm, na teoria aqui adotada, em substituição a concordâncias restritas: como forma de atribuir à validade jurídica uma legitimidade de tipo democrático, mais acessíveis e controláveis por todos os afetados (direta ou indiretamente) e não apenas circunscrita a especialistas. In: HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 124.

¹⁸³ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 77.

¹⁸⁴ COSTA, ob. cit., **Soberania, Representação, Democracia**, p. 77.

não se encerra na celebração do “contrato”, devendo haver um resultado final satisfatório; e, por último, porque a vontade não se pode sujeitar para sempre, já que não é constante e nem imutável¹⁸⁵:

Primeiro, porque, neste mundo globalizado, já não é nada fácil (alguma vez o foi?) saber o que é “um povo”; depois, porque, neste mundo atomizado e muito atento à diferença, mal se pode já imaginar que um povo (seja isso o que for) possa ter *uma* vontade, e não muitas e voláteis vontades, dependendo de cada grupo (de género, de idade, de região, de cultura, de estrato social, de interesses); finalmente porque se pensa que, por ventura, a vontade não vence tudo, que há constrangimentos que se lhe impõem; e que, mesmo que fosse líquido o que é “o povo” e o que é que ele tinha querido, não seria possível impor isso a certas outras normas e constrangimentos do mundo.¹⁸⁶

Traçando uma diretriz de argumentação sugerida por António Manuel Hespanha, o direito equilibrará as relações sociais e será inclusivo se suas fontes de manifestação tiverem vigência jurídica e capacidade de responder, de maneira satisfatória¹⁸⁷, às expectativas de toda a coletividade direta ou indiretamente envolvida. Logo, direito deve ser aquilo que é reconhecido como tal, que se mostre consensual em função das suas inclusividade e reflexividade, e que se revele harmônico e correspondente à consciência social dos interessados.

Para que se respeite a legitimação democrática, o pluralismo normativo, que é o atual modelo de manifestação de direito, terá que ser avaliado de acordo com a junção de três critérios¹⁸⁸: (i) reconhecimento, (ii) consensualidade e (iii) eficácia estabilizadora.¹⁸⁹

O primeiro passo, à vista disso, para alcançar a necessária democraticidade é que a norma vigore como jurídica: que a fonte seja reconhecida pela coletividade como apta a produzir direito (reconhecimento de “*quem diz o direito*”¹⁹⁰). É preciso verificar as múltiplas formas de manifestação ou de declaração daquilo que a comunidade *reconhece* como direito, ou seja, como

¹⁸⁵ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo.**, p. 82.

¹⁸⁶ Ibid., p. 23.

¹⁸⁷ Uma resposta satisfatória, aqui, não traduz necessariamente um acolhimento das pretensões, mas, sim, um retorno que observe os estritos ditames afetos ao consenso e ao reconhecimento democrático.

¹⁸⁸ Este estudo limitar-se-á à análise somente do primeiro dos requisitos (reconhecimento), por conta do âmbito metodológico adotado, muito embora se tenha consciência da intrínseca correlação deles.

¹⁸⁹ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo.**, p. 287.

¹⁹⁰ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo.**, p. 17.

idôneo para regular as situações concretas que afetam a todos que juntos convivem, cada qual com suas particularidades.

Isso porque, para ser direito e ter efetividade, o interessado precisa reconhecê-lo como tal: para que a norma seja aceita como jurídica é necessário que o seu produtor seja considerado capaz de criar direito para aquele envolvido (reconhecimento de *quem diz o direito*), ainda que tampouco este cumprimento seja suficiente para garantir legitimação democrática.¹⁹¹

Conforme explicado por Óscar Correias, *“o direito é o conjunto de todos estes discursos que outros discursos reputam discurso do direito. Dito de outro modo, para que um discurso seja direito é necessário que outro discurso assim o reconheça. Em realidade, o que faz que um discurso seja direito é outro discurso”*¹⁹².

Um enunciado prescritivo será uma norma jurídica unicamente se *alguém* o reconhecer como tal. Sem o critério do reconhecimento, as normas não seriam sequer efetivas: para que as normas sejam usadas para produzir resoluções (integrar o direito), é necessário, logicamente, que primeiro *alguém* as reconheça como válidas para tal fim.¹⁹³

O reconhecimento funciona, como explica Katya Kozicki, como fundamento de validade na medida em que permite definir quais regras integram o sistema: é o reconhecimento que *“permitindo a identificação das demais regra do sistema, vai estabelecer também os critérios de validade que as regras devem respeitar para receber o estatuto de direito”*¹⁹⁴.

Essa questão precisa compor a ideologia jurídica, porque a prática lhe impõe como fato irrefutável: não há direito sem que alguém o reconheça como tal, pois *“o direito não é uma coisa que exista por si e em si. Mas antes é algo que só existe porque alguém (algum grupo) fala dele, o designa, o refere, dando-lhe um determinado conteúdo e delimitando-lhe um determinado campo de aplicação no*

¹⁹¹ A proposta de António Manuel Hespanha é que a legitimação democrática seja alcançada pela validação da norma vigente como jurídica: quando houver reconhecimento para valer como direito, por uma instância jurisdicional, tendo como base o carácter consensual e estabilizador da norma que efetivamente vigore na sociedade.

¹⁹² CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 79.

¹⁹³ CORREAS, ob. cit., Alternatividade e Direito, p. 105.

¹⁹⁴ KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 13.

plano da prática social”¹⁹⁵. O direito tem sua existência referencial, exatamente por ser, conforme já pontuado, uma construção artificial derivada da precisão¹⁹⁶ humana.

Mas desse requisito inicial, imprescindível à legitimação democrática, levanta-se outra questão: por qual meio a comunidade expressará o reconhecimento do direito? Como a comunidade declarará quem são os produtores por ela reconhecidos como capazes de criar direito?

Hespanha entende que terão que ser definidas, consensualmente pela comunidade, instâncias das quais dependerá esse reconhecimento do direito, porque ela (a comunidade) não é capaz de diretamente fazer essa definição.¹⁹⁷

O reconhecimento do direito decorrente apenas do consenso comunitário, resultado de um diálogo social obtido em um certo espaço público, é, para o autor, inviável. A proposta de, por oposição ao direito do Estado, a própria sociedade, em diversos segmentos de interação social (na família, nas comunidades vizinhas, no comércio, nas instituições de ensino, no ambiente judiciário e outras relações), produzir consensos sobre o modo de acomodar os interesses divergentes e, daí, materializar normas de convivência (consensos normativos), é idealização, porque a prática não alcançaria neutralidade, rigor, isenção e igualdade:

Desde logo, não se pode esperar que se gerem diálogos neutros, igualitários, inclusivos, não hegemônicos, numa sociedade marcada pela desigualdade e pela manipulação no plano da ação comunicativa. Isto é particularmente visível nos dias de hoje, perante o papel manipulador da televisão e das próprias “redes sociais” e perante a desigualdade do acesso aos meios comunicacionais mais eficazes.¹⁹⁸

Também aqui se adota um critério realista¹⁹⁹: as instâncias que serão capazes de reconhecer quais são as fontes produtoras de direito não devem ser definidas, formalmente, pela atribuição de competências pelo Estado; mas antes,

¹⁹⁵ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 10.

¹⁹⁶ Semanticamente, o termo precisão, aqui, pode ser entendido tanto do ponto de vista da necessidade como, também, do apuro técnico, como sendo – ambas – características inerentes à construção do ordenamento jurídico.

¹⁹⁷ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 187.

¹⁹⁸ Ibid., p. 193.

¹⁹⁹ Hespanha utiliza o termo *realista* em oposição à perspectiva *formalista* do monismo estatal. In: HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 122.

realisticamente, pela verificação de que certas entidades assumem a função de dizer qual é o direito, por consenso da comunidade. As instâncias das quais depende o reconhecimento do direito não de ser identificadas a partir do reconhecimento que delas faça a comunidade.²⁰⁰

A norma em vigor na sociedade será legitimamente jurídica se a sua fonte for reconhecida como apta a produzir direito (reconhecimento de *quem diz o direito*) pelas instâncias a quem a comunidade aprove o poder de reconhecer²⁰¹ qual fonte é tida como direito (reconhecimento de “*quem diz quem diz o direito*”²⁰²).

Ser aceita como direito é, segundo Hespanha (que se fundamenta em Herbert L. Hart²⁰³), ser recebida como norma válida pelas entidades que, numa comunidade, são reconhecidas consensualmente como legítimas para declarar o direito – instâncias jurisdicionais: *iuris dictio*, jurisdição.²⁰⁴

Nas palavras de Katya Kozicki, quanto à enunciação, o reconhecimento não se expressa sob a forma de uma regra, mas sim “*na prática dos participantes do sistema, ao identificarem o direito*”²⁰⁵. O direito compõe-se, pois, de normas que as instâncias jurisdicionais reconhecem ser direito e, como tal, aplicam à regulação concreta dos comportamentos. Ao complemento de Óscar Correias:

Todas as sociedades conhecidas mostram a existência de atores sociais que têm como missão dizer o direito. Lembre-se que a tarefa dos jurisconsultos era a *iuris dictio*. Chama-se chefe, cacique, bruxo, ancião, existe em todas as partes e sempre uma função social que é cumprida por alguns membros da sociedade. Isto porque, como vimos, não há poder que possa exercer por meio do direito se não há quem o reconheça como tal. É imprescindível, para quem detenha o poder, que alguém, com a aparência de não ser ele mesmo, e que esteja aureolado do prestígio necessário, diga,

²⁰⁰ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo.**, p. 120.

²⁰¹ Mais uma vez, pontua-se um limite metodológico: não se discutirão aqui os critérios aos quais deve obedecer o reconhecimento jurisdicional (formulação da regra a que remete esse reconhecimento) que – apenas se informa – são, para António Manuel Hespanha, consensualidade e eficácia estabilizadora.

²⁰² HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo.**, p. 17.

²⁰³ António Manuel Hespanha esclarece que a ideia de necessidade de reconhecimento foi colhida do realismo de H. L. Hart. In: *Ibid.*, p. 157.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 162.

²⁰⁵ Kozicki, ob. cit., p. 13.

a quem queira ou necessite ouvi-lo, quais são as normas válidas em uma sociedade.²⁰⁶

Do ponto de vista dogmático, o quadro das fontes de direito deve resultar da observação do que é tido como direito pelas instâncias a quem a sociedade concede competência para praticar esta certificação. Ou seja, *“observando uma certa comunidade, nós podemos determinar que normas são nela consensualmente reconhecidas como estipulando o que é direito e a que instâncias ou instituições atribui ela, também consensualmente, a legitimidade para levar a cabo esse reconhecimento do direito”*.²⁰⁷

O reconhecimento se faz necessário, por conseguinte, em dois planos: (i) que a norma seja *reconhecida* como capaz de produzir direito, no âmbito de uma determinada ordem jurídica; e (ii) que esse *reconhecimento* se dê por uma alçada *reconhecida* pela comunidade como competente para tal definição.

Partindo da premissa que se deve preservar a democraticidade em uma conjuntura fática de pluralismo normativo, a validade da fonte de direito não poderá provir de uma determinação legal (validade formal), mas sim de um reconhecimento comunitário pela via de foro a quem a sociedade concede a permissão para dizer qual é o direito, como ensina António Manuel Hespanha:

Decisiva, portanto, deve ser a identificação do direito com aquilo que uma comunidade manifesta reconhecer como tal, ou de uma forma solene e refletida - como acontece com a constituição e as leis -, mas também de forma menos solene, quando expressa numa aceitação generalizada de normas jurídicas identificadas como tal por outras entidades que forem - também de forma manifesta, geral e refletida - reconhecidas como idóneas para dizer o direito (instâncias jurisdicionais).²⁰⁸

Nesse sentido, a norma que – qualquer que tenha sido o processo de sua formulação – obteve um reconhecimento consensual pela comunidade (e não foi a ela imposta), apaziguando as incertezas da vida social, terá genuína validade jurídica: *“ao conceito de direito que estamos elaborando a idéia de*

²⁰⁶ CORREAS, ob. cit., **Introdução à sociologia jurídica**, p. 75.

²⁰⁷ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**., p. 120.

²⁰⁸ Ibid., p. 146.

‘reconhecimento’, isto é, a convicção de que convém ver o direito também como um fenômeno de recepção e não apenas como um fenômeno de enunciação.”²⁰⁹

A validade jurídica – imprescindível à democraticidade – significa que norma vigente foi reconhecida por uma instância jurisdicional como competente para dizer o direito, no âmbito de uma ordem jurídica. Esta admissão requer as qualidades de consensualidade e capacidade estabilizadora da norma.²¹⁰ Pela lógica inversa, uma norma rejeitada como de direito não foi reconhecida por uma instância jurisdicional ou foi reconhecida tão-somente por uma entidade que carece de certificação jurisdicional pela comunidade.

O reconhecimento de uma norma como direito é o requisito inicial à legitimação democrática, segundo explica também Óscar Correias: *“freqüentemente se diz que é o direito quem legitima o poder. Em realidade, se o direito é um discurso prescritivo, não legitima nada até que o mesmo seja reconhecido. A legitimação consiste no reconhecimento”*²¹¹.

Esse é enfoque específico pensado por António Manuel Hespanha para a pluralização das fontes de direito: a identificação do direito deve partir da observação do que acontece na comunidade, e não de uma noção apriorística ou dogmática do que seja o direito (conhecimentos, conceitos ou pensamentos que independem da experiência ou da prática). Vale dizer, o direito é aquilo que as entidades jurisdicionais (as instâncias que a comunidade reconhece como competentes para dizer o direito, instâncias jurisdicionais) reconhecem como direito.

Em conclusão, o autor aqui tido como marco teórico entende que, diante do pluralismo normativo fático e prezando pela legitimação democrática do direito, deve ser adotada - pela Teoria do Direito e no tocante às fontes de direito - a aceção de realismo jurídico: processo de identificação do direito baseado na análise concreta da maneira como a sociedade, através das suas instâncias jurisdicionais, reconhece as normas como fazendo parte do direito (como jurídicas).

²⁰⁹ CORREAS, ob. cit., **Crítica da ideologia jurídica**, p. 76.

²¹⁰ O reconhecimento pelas instâncias jurisdicionais, que legitima democraticamente a validade jurídica, deve calcar-se na consensualidade e na eficácia estabilizadora das normas efetivamente vigentes, de acordo com a teoria de António Manuel Hespanha aqui adotada como base teórica. Contudo, este estudo limita-se a análise do reconhecimento, sem aprofundar-se nas suas razões.

²¹¹ CORREAS, ob. cit., **Crítica da ideologia jurídica**, p. 86.

A vigência (atributo das normas que são observadas numa comunidade social) precisa ter reconhecimento (admissão, com base no carácter consensual e estabilizador, pelas instâncias jurisdicionais, de uma norma vigente como parte de um direito integrado numa certa ordem jurídica), para então garantir validade jurídica à fonte de direito; para então haver pluralismo jurídico adequado.

2.3 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO INSTÂNCIA DE POSSÍVEL RECONHECIMENTO DE OUTRAS FONTES DE DIREITO

É preciso reforçar que esse trabalho não tem nenhuma audácia de apontar uma solução para a problemática trazida, qual seja, conciliar o pluralismo das fontes de direito e a legitimação democrática. O que se pretende, tentativamente, é detectar um dos requisitos²¹² sugeridos por António Manuel Hespanha para lhe dar realização: identificar eventual reconhecimento de pluralismo de fontes (e, se houver, em que medida e contornos) por uma instância consensualmente aceita para *dizer quem diz o direito* no Brasil.

O primeiro requisito de validade jurídica das normas, em um contexto de pluralismo jurídico pretensamente democrático, é o reconhecimento comunitário delas como fontes produtoras de direito, por intermédio de alçadas a quem se admite com aquiescência a competência para decidir.

Fundado no realismo de Hebert L. Hart, Hespanha entende que para se obter uma observação verdadeira do direito é preciso estudar empiricamente o que é que as instâncias que consensualmente dizem qual é o direito (ao “aplicá-lo” aos casos da vida) identificam como tal.²¹³

O ponto de partida, para tentar alinhar a democraticidade do direito e a pluralidade de fontes, é perceber a quem cabe decidir quais são as normas – dentre aquelas que regulam comportamentos sociais e cuja vigência efetiva possa

²¹² Como enfrentado nos tópicos anteriores, para que se garanta legitimação democrática, o pluralismo normativo terá que, na opinião de António Manuel Hespanha, alcançar três requisitos: (i) reconhecimento, (ii) consensualidade e (iii) eficácia estabilizadora. Cumpridas essas exigências, ter-se-á pluralismo jurídico.

²¹³ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 163.

ser observada – jurídicas. Por isso, o desdobramento desse estudo é buscar, de início, qual é essa instância de reconhecimento no Brasil e, em seguida, colher quais normas são usadas nas decisões apresentadas.

Segundo o autor, numa perspectiva da realidade social e do direito, a escolha da instância de reconhecimento não pode ser autodeterminada, mas antes resultado de investigação empírica:

A natureza “jurisdicional” não pode ser autoproclamada, mas antes produto da observação. Uma perspectiva realista lida com a “realidade” do direito; ou seja, com o seu efetivo reconhecimento (para evitar objeções epistemológicas ... com aquilo que estipulámos como sendo o seu efetivo reconhecimento ...). Este reconhecimento verifica-se em dois planos: (i) reconhecimento das normas por uma instancia jurisdicional, cuja creditação para dizer o direito decorre do seu (ii) reconhecimento comunitário como entidade jurisdicional.²¹⁴

O critério adotado, então, é realista: as instâncias jurisdicionais não são definidas, formalmente, pela atribuição de competências pelo Estado ou pela autodeterminação; mas antes, realisticamente, pela verificação de que certas entidades assumem a função de dizer qual é o direito, com aceitação social do resultado.²¹⁵

Num cenário de Estado Constitucional, no qual há faticamente pluralismo normativo, instância jurisdicional equivale à entidade a quem a comunidade reconhece, por consenso inclusivo e adequado, aptidão para declarar o direito. Corresponde aos tribunais reconhecidos pela comunidade, podendo ou não coincidir com os órgãos estatais, legalmente definidos.²¹⁶

Nestes termos, o Estado deixa de ter a função de representante exclusivo da comunidade para reconhecer o direito. Em vez de uma instituição com monopólio (em razão de processos da democracia representativa e do mandato político) para declarar, de modo formal, o direito, a comunidade pode permitir que outras entidades também o façam:

Ao aceitar, no curso da vida, processos e normas de regulação e de resolução de litígios aceites por certas entidades, a comunidade vai

²¹⁴ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 144.

²¹⁵ Ibid., p. 164.

²¹⁶ Ibid., p. 121.

tornando manifestas as instâncias a que reconhece legitimidade para declarar o direito, bem como as formas idóneas dessa declaração. Neste contínuo processo de reconhecimento de porta-vozes para a declaração do direito, a comunidade revela o seu dinamismo e complexidade. (...) Haverá normas e instituições que aparecem creditadas mais enfaticamente, sendo os seus mandatos reconhecidos como tendo maior peso. Nos Estados constitucionais da atualidade, isto tenderá a acontecer, no plano normativo, com a constituição e as leis, e, no plano jurisdicional (i.e., de declaração do direito < *ius dicere*), com os tribunais supremos ou constitucionais. (...).²¹⁷

Os “tribunais”, numa abordagem pluralista, não podem ser apenas os tribunais oficiais, devendo da mesma forma incluir todas as instâncias jurisdicionais a quem a comunidade, na *prática*, reconhece consensualmente a legitimidade de definição do direito: *“tudo isto vai sendo objeto de observação, numa espécie de verificação dos resultados de um plebiscito de todos os dias”*²¹⁸.

Rejeitando órgão único e definitivo, a comunidade reserva para si, por intermédio de distintas instituições, o reconhecimento do direito, *“fazendo isso no próprio curso da vida”*²¹⁹. Tanto os órgãos do Estado como outras entidades poderão, de modo contínuo, receber da comunidade tal competência.

Portanto, para identificar, concretamente, quais entidades recebem esta tarefa, Hespanha sugere *“meios idóneos de observação”*²²⁰: *“ainda aqui, não se partiu de qualquer noção apriorística de direito; apenas se propõe que se observe a que instâncias é que a comunidade consensualmente recorre para dirimir conflitos e que normas usam essas instâncias jurisdicionais para decidir”*²²¹.

Nessa tentativa empírica, as decisões dos tribunais estatais do Brasil podem ser consideradas instância de reconhecimento de outras fontes de direito.²²² Constituem uma alçada para verificar se uma determinada norma foi recebida no

²¹⁷ Ibid., p. 121.

²¹⁸ Ibid., p. 122.

²¹⁹ Ibid., p. 121.

²²⁰ Ibid., p. 162.

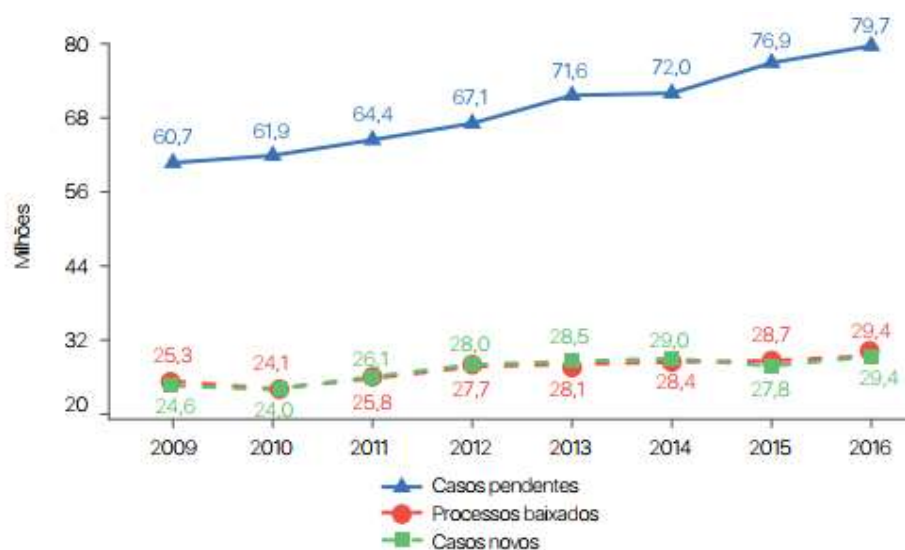
²²¹ Ibid., p. 80.

²²² Poder-se-ia indagar se está comprometida, de plano, a demonstração da escolha do Poder Judiciário pelo consenso comunitário, por ser um órgão oficial de resolução de conflito (ou, nos termos do objeto de análise dessa pesquisa, a instância estatal de *dizer quem diz o direito*). Todavia, existem atualmente no país vias alternativas para a solução de controvérsias. Consequentemente, havendo *alternativa*, há *consenso* na escolha. Poder-se-iam cogitar, para acalorar o debate, os motivos pelos quais o Poder Judiciário ainda é significativamente buscado para tal fim. Porém, adentrar a essa hipótese acabaria por desvirtuar o foco dos limites objetivos do estudo ora proposto. Ainda assim, faz-se essa ressalva, para que não se comprometa a evolução do tema, sob a perspectiva eleita.

ordenamento jurídico da comunidade, porque os brasileiros ainda dirigem sobremaneira ao Poder Judiciário suas pretensões jurídicas ou recebem imposições de deveres. Prova disso são os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no último Relatório Justiça em Números, apresentado em 2017, sobre os números do Poder Judiciário do ano base de 2016.²²³

De acordo com os dados trazidos, há no Brasil, atualmente, mais de 79 milhões de processos em trâmite. Só no ano de 2016, foram distribuídos aproximadamente 29 milhões e 400 mil novas demandas, em uma média de quase 56 processos por minuto:

Gráfico 01²²⁴: Litigiosidade nos últimos anos



Aqui, uma ressalva precisa ser feita acerca desse gráfico: de acordo com os números do Conselho Nacional de Justiça, foram distribuídos e baixados os mesmos números de processos (29 milhões e 400 mil). Ainda assim, no ano de

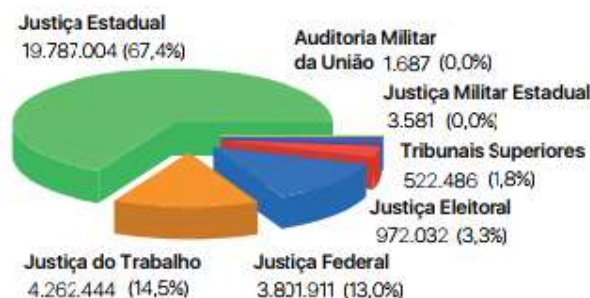
²²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2017 (ano base 2016)**. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>> Acesso em 01 nov.2017.

²²⁴ Gráfico conforme dados do **Relatório Justiça em Números 2017 (ano base 2016)**. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>

2016, o estoque de processos, comparado ao ano de 2015, aumentou 3,6%, saltando dos quase 77 milhões para os atuais 79 milhões e meio de demandas pendentes. E a explicação para isso é simples: de acordo com o glossário da Resolução CNJ n. 76/2009, são considerados *baixados* não apenas os processos *arquivados definitivamente*, mas também aqueles remetidos para outros órgãos do judiciais ou para outras instâncias, além daqueles “*em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução*”²²⁵.

De todos os quase 80 milhões de processos aguardando uma solução, quase 70% tramitam junto à Justiça Estadual, com o restante sendo dividido entre as diversas competências do Poder Judiciário:

Gráfico 02²²⁶: casos novos por ramo da justiça no ano de 2016



O Conselho Nacional de Justiça – de modo a reforçar o protagonismo do Poder Judiciário como a instância de pacificação social e de atendimento das pretensões da comunidade – apresenta diversos outros números. Dentre eles, destaca-se o gráfico que compila o número de novos casos distribuídos em 2016 por conjunto de 1.000 habitantes:

²²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2017 (ano base 2016)**, p. 65. Acesso em 01 nov.2017.

²²⁶ Gráfico conforme dados do Relatório Justiça em Números **2017 (ano base 2016)**. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>

Gráfico 03²²⁷: casos novos por 1000.000 habitantes no ano de 2016



De acordo com o critério da observação empírica, conforme comprovam os números e informações trazidos acima, a ciência cotidiana dos juristas é ainda um foro a que os brasileiros recorrem para dirimir conflitos. E, pelo raciocínio até aqui traçado, é, por consequência, uma alçada com competência de análise da validade jurídica das normas vigentes.²²⁸

As decisões judiciais, como bem indicado por António Manuel Hespanha, atuam em caráter dúplice na concepção de pluralismo jurídico democrático: podem ser fonte de direito e, ao mesmo tempo, podem ser consideradas como instância de reconhecimento de outras fontes de direito²²⁹:

Ao acolherem o pluralismo, as democracias constitucionais visaram reconhecer a natureza compósita das sociedades contemporâneas, procurando proteger isso contra opções conjunturais e parciais – sejam elas as de uma maioria parlamentar “desorientada” ou de um grupo egoísta de interesses – e que não reflitam, portanto, a complexidade da constelação comunitária de valores. Por isso é que o reconhecimento do pluralismo visa criar uma democracia mais profunda, mais inclusiva e mais dinâmica, permitindo um desenvolvimento mais consensual e mais estabilizador dos princípios que a vontade constituinte ou legislativa do povo foi depositando na ordem jurídica. Os juristas aparecem aqui não como hermeneutas mais qualificados da vontade popular (que dela saberiam mais do que o próprio povo), mas apenas como técnicos especializados na descoberta de uma “concordância prática” das discordâncias”, de um arranjo harmónico das várias vozes (da polifonia), apoiados (tal como os técnicos do *music mixing*,

²²⁷ Gráfico conforme dados do Relatório Justiça em Números **2017 (ano base 2016)**. Brasília, 2017. Disponível em

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>

²²⁸ CORREAS, ob. cit., Alternatividade e Direito, 110.

²²⁹ HESPANHA, ob. cit., **Pluralismo**, p. 107.

ou arranjo musical) em instrumentos conceptuais desenvolvidos – alguns desde há muitos séculos – pelo seu saber especializado.²³⁰

Portanto, diante da inquietude de não renegar o paradigma democrático de legitimação dentro do contexto de pluralismo normativo, o objetivo desse estudo é identificar no cenário brasileiro quais fontes são reconhecidas como idôneas para produzir direito (*quem diz o direito*) por uma das instâncias reconhecida pela sociedade como idôneas para tal seleção (*quem diz quem diz o direito*): o STJ – Superior Tribunal de Justiça. É identificar quais fontes usam para decidir esse órgão que a comunidade brasileira consensualmente recorre para dirimir conflitos.

Quer-se pesquisar se o Poder Judiciário - considerado uma instância com poder de reconhecimento - reconhece como normas jurídicas (e com que âmbito e hierarquia em relação a outras fontes) as várias normas vigentes em uma ordem social plural.

²³⁰ HESPANHA, ob. cit., **Cultura Jurídica Europeia**, p. 557.

3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE AS FONTES DE DIREITO CONSIDERADAS NOS CASOS DE DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 (IR)RECONHECIMENTO EFETIVO DO PLURALISMO JURÍDICO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: OBJETIVO DA INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ao longo dos dois primeiros capítulos dessa pesquisa, procurou-se esmiuçar a trajetória histórica da teoria das fontes de direito – sob o olhar especialmente da cultura jurídica brasileira –, trazer conceituações de pluralismo jurídico, bem como estudar os critérios de legitimação democrática necessária à pluralidade de fontes em António Manuel Hespanha.

Contudo, o que se tem, até então, é uma perspectiva eminentemente abstrata desse contexto, carecendo de uma aplicabilidade concreta que ponha à prova o fenômeno do pluralismo jurídico democrático no âmbito nacional. E isso é, exatamente, o que se pretende alcançar nesta parte do trabalho: destrinchando julgamentos concretos do Superior Tribunal de Justiça (instância consensualmente aceita para *dizer quem diz o direito*, conforme capítulo 2 desta dissertação), quer-se vislumbrar se, em alguma medida, há reconhecimento de fontes plurais de direito (*quem diz o direito*, conforme capítulo 1 desta dissertação).

Insiste-se, mais uma vez, que essa dissertação não tem nenhuma ousadia de solucionar a problemática trazida: conciliar o pluralismo das fontes de direito e a legitimação democrática. O que se planeja, tentativamente, é assinalar um dos requisitos²³¹ sugeridos por António Manuel Hespanha para lhe dar realização (e se alcançar, enfim, pluralismo jurídico): identificar eventual reconhecimento de pluralismo normativo (e, se houver²³², em que medida e

²³¹ Como explanado no segundo capítulo dessa dissertação, para que se preserve a legitimação democrática, o pluralismo normativo terá que, na opinião de António Manuel Hespanha, alcançar três requisitos: (i) reconhecimento, (ii) consensualidade e (iii) eficácia estabilizadora.

²³² É possível que a investigação a que ora se propõe mostre como insuficiente ou inoperante o conceito que aqui se adotou. Isto não desmerece a formulação de pluralismo jurídico democrático – muito pelo contrário! –, porque toda ciência cresce desta maneira: observando, propondo conceitos, observando, adaptando-os, observando de novo. Este trabalho irá analisar empiricamente apenas

contornos) por uma instância consensualmente aceita para *dizer quem diz o direito* no Brasil.

3.2 A METODOLOGIA DA PESQUISA

3.2.1 Perguntas formuladas para problematização

Para uma estudo mais bem delineado, é preciso que se construam dois pilares estruturantes básicos: primeiro, devem-se lançar indagações objetivas que se pretenda responder, e que cujas respostas consigam construir adequadamente as conclusões – positivas ou negativas – acerca do reconhecimento de fontes plurais de direito nos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça; em seguida, utilizar-se-á de uma metodologia científica particular, que permita explorar de forma fecunda as decisões selecionadas, de modo que se alcance, proveitosamente, os resultados pretendidos.

De início, a formulação das perguntas deve levar em consideração algumas premissas fundamentais expostas ao longo da investigação teórica construída até aqui, primordialmente no que tange ao reconhecimento da insuficiência do monismo jurídico como instrumento – oficial – de resolução de conflitos sociais. Resta saber se, por recorte metodológico, as decisões do Superior Tribunal de Justiça são afinadas com essa perspectiva, no sentido de serem sensíveis às diversidades sociais, ao ponto de aceitarem a falibilidade da fonte jurídica estatal (lei formal e positiva) no processo de pacificação da ordem.

Assim, a primeira indagação a ser formulada – e, por consequência, respondida – é a que enfrenta o pretenso reconhecimento de pluralismo de fontes nas decisões; ou seja, em termos objetivos, quais são as fontes de direito utilizadas

um dos requisitos para se alcançar pluralismo jurídico democrático, de modo que somente provisoriedades são pretendidas.

pelo Superior Tribunal de Justiça para a análise e decisão dos temas selecionados nesse trabalho.²³³

Sequencialmente, apurada eventual ocorrência de um pluralismo jurídico, restaria a necessidade de identificar a ordem de aplicação. Em uma palavra, pressupondo a rejeição da exclusividade da fonte jurídica oficial (texto normativo positivado) e a adoção de outras fontes, é imprescindível verificar se há escalonamento. Dessa forma, a segunda indagação referendaria a hierarquização das fontes de direito no Brasil, ou seja, se há preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por tudo isso, de maneira esquemática, os questionamentos que nortearão o estudo de casos ora pretendido serão os seguintes:

PERGUNTAS FORMULADAS PARA PROBLEMATIZAÇÃO

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório²³⁴), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Com esses dois questionamentos, quer-se promover uma espécie de movimento subsuntivo de aplicação dos preceitos teóricos do pluralismo jurídico democrático pensando por António Manuel Hespanha à realidade judicial preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.2.2 Delimitações metodológicas para seleção dos julgados

Conforme ressaltado, ao lado do conjunto de questões que problematizam a aplicação da teoria à prática, o sucesso da pesquisa ora construída depende, fundamentalmente, de uma metodologia crítica adequada.

²³³ A limitação dos temas será realizada em seguida, no processo de análise metodológica desse capítulo. *Vide* item 3.2.2 abaixo.

²³⁴ Os critérios aqui adotados são detalhados no item 3.2.3, abaixo.

Isso porque “cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas por ela suscitadas”²³⁵. Ou seja, a adoção de um método particular e condizente ao objeto é imprescindível ao bom resultado do estudo.

Para a investigação ora pretendida, cinco foram os pontos de limitação estabelecidos (metodologia aplicada).

Inicialmente, referendaram-se apenas julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça que versam sobre quatro temas específicos, a saber: (i) *adoção homoafetiva*, (ii) *efeitos jurídicos do concubinato*, (iii) *reconhecimento de multiparentalidade* e, por fim, (iv) *desconstituição de registro de filiação*. E, aqui, cabe justificar a escolha desses quatro temas em particular.

As razões primordiais para a eleição dos referidos assuntos, todos afetos ao Direito de Família são: de plano, imprescindível mencionar que se trata do ramo do Direito Civil ao qual se está mais afinado. Ao longo de toda a vida acadêmica, a essência das pesquisas realizadas sempre teve como pano de fundo o Direito de Família.²³⁶ Dessa forma, não se poderia deixar de referendar, genuinamente, essa vertente do Direito Privado na pesquisa ora desenvolvida.

Em segundo lugar, justifica-se a opção do Direito de Família – e, mais especificamente, das categorias indicadas – pelo fato de serem temas atuais, sensível às mais plurais parcelas da sociedade. São assuntos debatidos na agenda da contemporaneidade, bastante contextualizados com a realidade hodierna.

Por fim, explica-se a escolha pela porosidade dos temas, talvez os mais dinâmicos da ciência jurídica. Na condição de *antessala da sociedade*²³⁷, a(s) família(s) v(ê/e)m experimentando grandes reformulações, influenciadas pelo meio social. Dessa forma, a ductibilidade do Direito de Família parece se apresentar

²³⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1.

²³⁶ Exemplo disso são as publicações: DE PAULA, Tatiana W. Lauand. **Adoção à brasileira**: registro de filho alheio em nome próprio; **Guarda dos filhos**: igualdade constitucional entre pai e mãe; **Igualdade na paternidade e na maternidade**; **O paradigma brechtiano do círculo de giz caucasiano e o Estatuto das Famílias**: uma lição teatral à vida real sobre a verdadeira parentalidade; **Conjugalidade**: possíveis intersecções entre economia, política e o amor; **O direito do pai de concorrer em igualdade com a mãe pela guarda dos filhos**; **A maior dificuldade da adoção no Brasil**: distanciamento entre a criança real e a criança. Disponíveis em: <<http://lattes.cnpq.br/0466838672122568>>

²³⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. **Direito Civil Contemporâneo**. UFPR. Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado, outubro de 2017. Notas de Aula.

como o campo mais fecundo do âmbito jurídico para o reconhecimento de diferentes (e plurais) fontes de direito. Portanto, de maneira estratégica – para explorar ao limite o tema do pluralismo jurídico –, elegem-se assuntos com alta carga sociológico-filosófica.

Selecionados os temas, a pesquisa foi, de modo único, realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, no campo destinado à jurisprudência, entre os dias 01 e 31 de outubro de 2017.

Complementarmente, foram destacados como objeto de análise julgamentos colegiados (“acórdãos”), desconsiderando qualquer outra produção judicial, tais como decisões monocráticas ou informativos.

O método adotado indica que o exame dos julgados se deu em “blocos”, de acordo com os temas selecionados, buscando responder às indagações formuladas.

E, temporalmente, foi feito um recorte objetivo, no sentido de somente serem analisados julgados proferidos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (a partir de 11 de janeiro de 2003).

Assim, tem-se:

METODOLOGIA APLICADA

- 1. Análise da produção judicial do Superior Tribunal de Justiça, segmentada por quatro temas específicos;*
- 2. Pesquisa realizada junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, seguindo critérios de consulta objetivos (ver abaixo);*
- 3. Estudo exclusivo dos acórdãos, desconsiderando decisões monocráticas, informativos jurisprudenciais etc.;*
- 4. Exame dos julgados em “blocos”, de acordo com os temas selecionados, buscando responder às indagações formuladas;*
- 5. Recorte temporal, selecionando julgados proferidos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002.*

Feita a pesquisa, os resultados obtidos foram os seguintes:

a) para o tema *adoção homoafetiva*, foram pesquisados os seguintes verbetes: “adoção” e “homoafetiva”, em conjunto, mas como expressões

separadas, tendo sido encontrados 5 acórdãos e 33 decisões monocráticas; “adoção homoafetiva” conjuntamente, sem nenhuma ocorrência como resultado; “homoafetivo”, com obtenção de 12 acórdãos e 100 decisões monocráticas; e “homoafetiva”, alcançando-se 36 acórdãos e 237 decisões monocráticas.

Para esse tema, alguns julgados acabaram aparecendo de forma reiterada em diferentes pesquisas, utilizando-se verbetes distintos, razão pela qual o número de acórdãos encontrados nas consultas individuais não corresponde ao total de julgados analisados. Assim, desconsiderando os acórdãos que fazem menção aos verbetes pesquisados, mas que tratam do assunto de forma lateral, sem adentrar ao debate sobre o referido tema, restaram cinco julgados para estudo, a saber: HC 404.545/CE, REsp 1525714/PR, REsp 1540814/PR, REsp 1281093/SP, REsp 889852/RS.

b) sobre o tema *efeitos jurídicos do concubinato*, os parâmetros de pesquisa junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça foram os seguintes: “concubinato”, alcançando 256 acórdãos e 1.234 decisões monocráticas; “concubino”, com 69 acórdãos e 287 decisões monocráticas; “concubina”, que trouxe 169 acórdãos e 708 decisões monocráticas; “efeitos”, “jurídicos” e “concubinato”, na mesma pesquisa, mas de forma separada, resultando 5 acórdãos e 126 decisões monocráticas; e, por fim, “efeitos jurídicos do concubinato”, de maneira conjunta, não resultando qualquer resultado.

Desse total, também refutando acórdãos que apenas abordam o tema *a latere*, bem como aqueles julgados que reincidiram nos diferentes fatores de pesquisa, selecionaram-se seis julgados para estudo: RMS 30414/PB, AgRg 1267832/RS, REsp 1157273/RN, AgRg no AREsp 770596/SP, REsp 872659/MG e REsp 931155/RS.

c) sobre o tema *reconhecimento de multiparentalidade*, eis os verbetes consultados: “multiparentalidade”, resultando 1 acórdão e 6 decisões monocráticas; “dupla paternidade”, com 1 acórdão e 10 decisões monocráticas; “dupla” e “paternidade”, de forma separada, alcançando 1 acórdão e 42 decisões monocráticas; finalmente, “múltipla” e “paternidade”, totalizando 1 acórdão e 25 decisões monocráticas.

Utilizando-se da mesma metodologia de exclusão de acórdãos repetidos e de decisões que apenas tocam – sem aprofundamento – no tema explorado, restou um julgado para análise, qual seja, REsp 1333086/RO.

d) para *desconstituição de registro de filiação*, as pesquisas contemplaram as seguintes expressões: “desconstituição”, “reconhecimento” e “filiação”, ao que se alcançaram 21 acórdãos e 211 decisões monocráticas; “alteração”, “registro” e “paternidade”, trazendo como resultado 42 acórdãos e 662 decisões monocráticas; “modificação”, “reconhecimento” e “paternidade”, que apresentaram 29 acórdãos e 1.112 decisões monocráticas; e “registro”, “filiação” e “modificação”, para os quais foram encontrados 25 acórdãos e 1.279 decisões monocráticas.

Com os mesmos parâmetros utilizados, chegaram-se aos seis acórdãos, assim identificados: REsp 1333360/SP, REsp 1330404/RS, REsp 1433470/RS, REsp 1676877/MG, REsp 1256025/RS e REsp 1167993/RS.

3.2.3 Critérios adotados para análise dos julgados

Do ponto de vista lógico, o estudo empírico a que ora se lança pressupõe o cumprimento de três procedimentos fundamentais: (i) a elaboração das indagações que se pretende responder; (ii) a utilização de critérios metodológicos particulares, de modo a selecionar adequadamente o objeto de análise; e, por fim, compilando os dois primeiros requisitos, (iii) a indicação de balizas específicas que viabilizem o exame do objeto, de modo a solucionar os questionamentos formulados. E se as duas primeiras condições já foram devidamente lançadas nos tópicos anteriores²³⁸, é preciso que se dediquem algumas linhas também a essa terceira etapa.

Para se lapidar satisfatoriamente os critérios de análise dos julgados, não se pode perder de vista o núcleo central do presente estudo, qual seja, se o Superior Tribunal de Justiça, em sua produção judicial, reconhece fontes plurais de

²³⁸ Vide itens 3.2.1 e 3.2.2, *supra*.

direito, afora a lei positivada. E, para tanto, serão utilizados critérios *qualitativos*²³⁹ para se distinguir a utilização das fontes nos julgados analisados. Ou seja, será buscado o número de ocorrências registradas de citações doutrinárias, decisões anteriores de diferentes cortes, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁴⁰, além de menções a dispositivos legais e a Constituição, diferenciando-se a função de cada fonte adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados.

Sob esse ponto de vista qualitativo que aqui se adota, identificam-se duas funções específicas das fontes de direito nos julgados: uma meramente ilustrativa (que se denominará de *manejo performático*) e uma que forja a essência da decisão analisada (que se nominará *manejo meritório*).

O manejo performático será vislumbrado sempre que o Superior Tribunal de Justiça se utilizar de citações doutrinárias, de julgados anteriores ou de qualquer outra fonte como exclusivo mecanismo ornamental. Por exemplo, em um julgamento que tenha de decidir sobre a concessão ou não da guarda de um menor para determinado sujeito, será considerado *manejo performático* o uso de excerto doutrinário que apenas elucide o conceito do melhor interesse da criança. Da mesma forma, em um recurso que debata a possibilidade ou não do reconhecimento formal de multiparentalidade, ter-se-á por *performática* a citação – doutrinária ou jurisprudencial – que apenas sirva para, v.g., definir a conceituação do princípio da afetividade. Em uma palavra, portanto, o manejo performático se traduz no uso indistinto, genérico e exclusivamente ilustrativo de determinada fonte de direito, sem que tal guarde relação direta – e particular – com o caso concreto, servindo para fundamentar qualquer entendimento (ou, sob outro viés, não servindo

²³⁹ Serão desconsiderados critérios meramente quantitativos uma vez que estes levam em conta tão somente a incidência numérica de fontes de direito nos julgados estudados. Ou seja, conta-se o número de ocorrências registradas de citações, decisões anteriores, etc., sem que se distingam, de modo racional, as variantes estruturais adotadas para a invocação dessas fontes. Em outras palavras, o critério quantitativo é descartado por ser estritamente numérico, sem qualificar o papel atribuído a elas pelos julgadores.

²⁴⁰ Não se irá, nessa dissertação, abordar a distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Será considerada a semelhança entre eles: abstração do sentido das expressões; termos vagos sem precisão de conteúdo.

para fundamentar entendimento algum²⁴¹). Sob esse prisma, essas fontes serão enquadradas como “*argumentos de autoridade*”²⁴².

O manejo meritório, porém, será diagnosticado sempre que, nos julgados pesquisados, se vislumbrar a adoção de fonte de direito para escoltar a resolução do conflito posto à apreciação do Tribunal. Nesse caso, serão *normas jurídicas*²⁴³ as referências que guiarem o entendimento encartado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Serão qualitativamente definidas como *normas jurídicas* (doutrina, julgados, norma positivada, entre outros) aquelas que, de modo preciso, indicarem a (e levarem à) conclusão alcançada pelo Tribunal. Ou seja, serão assim consideradas as fontes adotadas que guardarem estrita relação com o caso e, mais do que isso, delimitarem o entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça. Por atuar como forja do posicionamento judicial, as fontes de direito lançadas com viés meritório serão catalogadas como normas jurídicas (e não mero argumento de autoridade em sentido estrito)²⁴⁴.

De forma esquemática:

CRITÉRIOS APLICADOS

Fontes identificadas pelo *critério qualitativo* como *manejo performático* serão aqui entendidas como *argumentos de autoridade*;

Fontes identificadas pelo *critério qualitativo* como *manejo meritório* serão aqui entendidas como *normas jurídicas*.

²⁴¹ O caráter ilustrativo é apurado por um singelo movimento: a presença ou a ausência da citação em nada mudaria o entendimento encartado na decisão analisada.

²⁴² A expressão “*argumentos de autoridade*” no significado que lhe deu José Rodrigo Rodriguez traduz uma estratégia de “*invocar tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz*”, independentemente da sua origem. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro), Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 51. Entretanto, para esse trabalho, apenas parte dessa ideia será empregada, na medida em que o termo será usado para indicar tão somente aquelas referências e citações presentes nos julgados de forma ilustrativa, sem guardar qualquer relação precisa e particular com o desfecho do caso.

²⁴³ A expressão “norma jurídica” é extraída de António Manuel Hespanha para quem a simples vigência não garante legitimação democrática à norma. A validade jurídica (decorrente da democraticidade do direito) apenas é alcançada pela norma que for (i) reconhecida, (ii) consensual e (iii) estabilizadora, conforme itens 2.1 e 2.2 *supra*. Mais uma vez, esclarece-se que essa dissertação está circunscrita ao primeiro requisito da validade jurídica (reconhecimento).

²⁴⁴ A presença dessas “normas jurídicas” é decisiva para que se alcance a conclusão apresentada no julgado. A ausência dessas fontes compromete a construção do entendimento judicial alcançado.

Estabelecidos esses critérios, a resposta à segunda indagação proposta no item 3.2.1 (Perguntas formuladas para problematização)²⁴⁵ obedecerá o seguinte raciocínio:

CRITÉRIOS APLICADOS ESPECIFICAMENTE À SEGUNDA PERGUNTA FORMULADA PARA PROBLEMATIZAÇÃO

1. Se for considerada somente lei como manejo meritório, restará prejudicada essa pergunta porque não terão sido consideradas outras fontes para além do texto positivado;
2. Se forem consideradas lei e outras fontes como manejo meritório, poderá ou não haver escalonamento, a depender da estrutura específica da decisão analisada;
3. Se não for considerada lei como manejo meritório porque o próprio julgado expressamente afirmar não haver lei que fundamente a questão tratada, poderá ou não haver escalonamento, a depender da estrutura específica da decisão analisada;
4. Se não for considerada lei como manejo meritório porque o julgado simplesmente não trazer dispositivo legal para fundamentar a questão tratada, sim haverá escalonamento.

Pois bem. Definidos os horizontes de investigação, passa-se, finalmente, a esmiuçar os julgados selecionados.

Como ressalvado, o propósito central é pesquisar, a partir da escolha de quatro temas específicos de direito de família, se o Superior Tribunal de Justiça – considerado uma instância com poder de reconhecimento – reconhece como normas jurídicas (e com que âmbito e hierarquia em relação a outras fontes) as normas vigentes em uma ordem social plural.

Para tanto, apresentam-se os julgados.

²⁴⁵ A segunda pergunta a ser feita aos julgados será: Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

3.3 OS CASOS DE DIREITO DE FAMÍLIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DO PLURALISMO JURÍDICO

A análise dos julgados, conforme indicado, será feita em conjunto, segmentando os acórdãos de acordo com o tema sobre os quais versam. De antemão, porém, é preciso de que se faça uma ressalva acerca do próprio uso da expressão “pluralismo jurídico” no âmbito das decisões do Tribunal.

Pela proposta original, elaborar-se-ia uma terceira indagação fundamental, a ser respondida, cuja relevância estaria tanto do ponto de vista da essência do trabalho de investigação como, também, sob a perspectiva da forma da pesquisa. Explicando, em termos objetivos, pretendeu-se indagar se há – ou não – a ocorrência da adoção da alcunha “pluralismo jurídico” na produção do Superior Tribunal de Justiça, explorando a forma como o conceito é abordado.

De todo modo, porém, não foram encontradas quaisquer menções expressas ao termo, razão pela qual se suprimiu essa pergunta. E, em uma leitura *contrario sensu*, é aí que está a grande importância desse capítulo: não é necessariamente verdadeira a conclusão inicial segundo a qual, se não há uso direto da expressão “pluralismo jurídico” na produção do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento plural de fontes de direito deve ser afastado de plano. Pelo contrário, a ausência de reconhecimento expresso provoca o imperativo de uma pesquisa vertical, que explore a minúcia dos julgados selecionados, para, somente então, construir alguma conclusão cientificamente válida acerca do tema.

Por isso, conforme pontuado, ganha – qualitativamente – novas dimensões a parte do trabalho que ora se inicia, desafiando um olhar ainda mais atento a ser lançado sobre a atuação do Superior Tribunal de Justiça.

3.3.1 Adoção homoafetiva

Até pouco tempo atrás, como as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo não eram juridicamente reconhecidas, as adoções tinham que ser feitas de maneira individual somente por um membro do casal homoafetivo.

Em maio de 2011, com a admissão da união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e, reforçando ainda mais essa tendência – ainda que tardiamente –, em 2013, por meio da Resolução 175/2013 do CNJ, que declarou a legalidade do casamento delas no país, todos os direitos e prerrogativas dados aos casais heteroafetivos também passaram (ao menos em tese) a ser experimentados pelos casais homoafetivos. Dentre eles, está a possibilidade de habilitação de casais homoafetivos ao processo de adoção (enquanto casal e não individualmente). Por consequência, pulularam casos levados à apreciação do Poder Judiciário que, de alguma forma, debatiam os reflexos dessa nova realidade.

I. HC 404.545/CE

O primeiro julgado ora analisado (HC 404.545/CE), datado de 22 de agosto de 2017, tem como pano de fundo o debate acerca da regularidade – ou não – do recolhimento, em abrigo, de menor, em tenra idade, deixado à porta de casal em união estável homoafetiva, que buscou *“formalizar a situação de guarda da criança”*.

Segundo consta dos autos, o menor foi *“deixado dentro de uma caixa de papelão na porta da casa da mãe biológica”* de um dos membros do casal. Ato contínuo, após regularizarem Boletim de Ocorrência, os companheiros passaram a promover os cuidados necessários ao menor, enquanto adotavam as medidas necessárias à formalização da guarda.

Apesar das tentativas de regularização da guarda, *“o Juízo da 3ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fortaleza/CE determinou a busca e apreensão da criança para que fosse colocada em um abrigo”*. Mantido o abrigamento do menor, foi promovido *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, para que a criança fosse imediatamente retirada do abrigo e entregue ao casal.

O julgado colegiado concedeu a ordem, confirmando a liminar atendida monocraticamente pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, de modo a ordenar a recondução da criança ao lar do casal impetrante. E, para tanto,

fundamentou seu entendimento no sentido de que a única razão favorável ao abrigamento teria sido a *“burla do cadastro de adotantes”*.

Em sede liminar – ratificada pelo acórdão –, argumentou-se que *“o acaso literalmente bateu à porta dos impetrantes, que desde o início, ao se depararem com a situação concreta, buscaram as vias legais adequadas para regularizar a situação perante a Polícia Civil e o Poder Judiciário (ação de adoção conjugada com guarda provisória)”*. Complementarmente, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que *“ao afeto vem se atribuindo valor jurídico, e a dimensão socioafetiva da família ganha espaço na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade”*. Por consequência, fundamentando todo o acórdão na proteção ao melhor interesse da criança, pontuou-se que *“a regra do cadastro de adotantes pode ser excepcionada em situações justificáveis”*, a partir de julgados anteriores indicados no corpo da decisão.

Veja-se que esse entendimento – de suplantar o regramento legal acerca da adoção, em benefício do melhor interesse da criança – também foi referendado por parecer ministerial juntado aos autos, no qual se criticou a *“aplicação fria da letra da lei quanto à exigência de prévia inscrição no cadastro de pessoas interessadas na adoção”*.

Por fim, a concessão da ordem foi baseada em julgados anteriores do próprio Superior Tribunal de Justiça e em entendimentos doutrinários consolidados, que culminaram na conclusão de que *“refoge a qualquer lógica, ou mesmo razoabilidade, transferir a guarda dessa criança primeiramente a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral e terceiro ao presente processo tão somente em nome da segurança jurídica e de um formalismo exacerbado”*.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 01 artigo de lei;
- b) 01 doutrina nacional (Eduardo Cambi);

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 06 decisões judiciais;

b) 04 cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (“afeto”, “melhor interesse do menor”, “lógica e razoabilidade” e “segurança jurídica”), presentes nos seguintes trechos:

- *“Ademais, a Terceira Turma desta Corte fixou o entendimento de que, na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor.”;*

- *“(…) registre-se que ao afeto vem se atribuindo valor jurídico, e a dimensão socioafetiva da família ganha espaço na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade”;*

- *“Todavia, refoge a qualquer lógica, ou mesmo razoabilidade, transferir a guarda dessa criança primeiramente a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral e terceiro ao presente processo tão somente em nome da segurança jurídica e de um formalismo exacerbado, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado nem ao interesse do menor.”*

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Aqui, há uma clara preferência das decisões judiciais e das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados em detrimento do texto legal. Isso porque, de forma expressa, o julgado buscou promover o melhor interesse da criança, mantendo-a sob a guarda provisória do casal impetrante, ao invés de conduzi-la a abrigo, para o cumprimento do rito legal da adoção. O que se diagnostica é um declarado escalonamento hierárquico das fontes, preterindo o texto legal ao entendimento dos magistrados:

- “(...) a regra do cadastro de adotantes pode ser excepcionada em situações justificáveis”;
- “No sentido de que a regra do cadastro de adotantes pode ser excepcionada em situações justificáveis em prol do melhor interesse do menor, oportuno citar os seguintes precedentes (...)”.

II. REsp 1525714/PR

Julgado em 16 de março de 2017, esse processo trata da necessidade/possibilidade - ou não - de se restringir a habilitação de pessoa homoafetiva, exclusivamente, para adoção de crianças maiores de 12 anos de idade. Entende o Ministério Público do Estado do Paraná (recorrente) que, por ser o adotante homossexual, a idade mínima do adotando deve ser de 12 anos para que expresse seu consentimento ao ato buscado.

O Recurso Especial foi negado sob o fundamento de não haver previsão legal para a limitação etária ao adotando, para casos em que o adotante é homossexual. Foram trazidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente para demonstrar ausência de estipulação legal à restrição invocada e foi mencionada decisão anterior já tomada pela Turma em outro processo semelhante: *“Por fim, destaque-se que a eg. Terceira Turma desta Corte já teve oportunidade de analisar o tema, tendo igualmente decidido, por unanimidade, pela inexistência de previsão legal para a limitação etária pretendida pelo Ministério Público, em razão da orientação sexual do candidato à adotante. Confira-se:”*.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 01 artigo constitucional;
- b) 17 artigos de lei;

c) 01 cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado (“*proteção integral*”), presente no seguinte trecho:

- “*Percebe-se que os mencionados artigos 3º, 6º, 15, 16 e 18, acima transcritos, refletem os princípios norteadores da proteção integral que deve ser dispensada à criança e ao adolescente, na aplicação da lei e na resolução das questões a ela submetidas, dispondo acerca dos meios e instrumentos necessários para a efetivação e garantia de cada um dos direitos fundamentais.*”

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 01 decisão judicial.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. A decisão reconheceu expressamente não haver previsão legal que discipline o caso e optou por uma única fonte para construção do entendimento encartado na decisão: julgado anterior, prolatado pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça. Em ambos – no ora analisado e no invocado –, concluiu-se pela ausência de impedimento legal para o deferimento da adoção:

- “*Por fim, destaque-se que a eg. Terceira Turma desta Corte já teve oportunidade de analisar o tema, tendo igualmente decidido, por unanimidade, pela inexistência de previsão legal para a limitação etária pretendida pelo Ministério Público, em razão da orientação sexual do candidato à adotante. Confira-se:*”.

A hierarquia, nessa hipótese, decorre justamente da eleição de uma fonte de direito em detrimento de qualquer outra.

III. REsp 1540814/PR

O presente julgado foi utilizado como paradigma pela decisão anterior. Nesse sentido, também ele versa sobre a existência – ou não – de limitação etária de adotando, quando a adoção é pleiteada por casal homoafetivo.

Enfrentando o tema, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que *“não há previsão legal para o que se requer”*, ou seja, para a fixação de idade mínima (de 12 anos) para o menor adotando, que, por consequência, deveria dar o seu consentimento, na hipótese de se tratar de adoção por casal homoafetivo.

Com o devido processamento do feito, sobrevieram os autos ao Superior Tribunal de Justiça, via Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, atacando decisão que deferiu a inscrição de casal homossexual para adoção de criança entre 3 (três) e 5 (cinco) anos de idade.

Em sede recursal, o Ministério Público do Estado do Paraná sustentou violação aos arts. 3º, 6º, 15, 16, 18 e 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Contudo, o Ministério Público Federal, em parecer vinculado aos autos de Recurso Especial, opinou pelo desprovimento da medida recursal, o que foi acatado pelo Superior Tribunal de Justiça, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O Superior Tribunal de Justiça apresentou como razões de decidir o fundamento de não haver previsão legal para a limitação etária ao adotando, para casos em que o adotante é homossexual: *“Não há previsão legal para o que se requer”*; *“Note-se que essa legislação não veda a adoção de crianças por solteiros ou casais homoafetivos, tampouco impõe qualquer restrição etária ao adotante nessas hipóteses.”*; *“Mesmo se analisarmos sob o enfoque do menor, não há, a princípio, restrição de qualquer tipo à adoção de crianças por pessoas homoafetivas.”*; *“Assim, por qualquer ângulo que se aprecie a questão, não se entrevê prejuízo às partes interessadas na possível adoção de menor por pessoa homoafetiva.”*

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 02 artigos de lei.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 03 decisões judiciais;
- b) 06 cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (*“pluralismo familiar”, “igualdade”, “dignidade da pessoa humana”, “melhor interesse do menor”, “bom desempenho” e “bem-estar da criança”*), presentes nos seguintes trechos:

- *“Assim, nesse contexto de pluralismo familiar, e pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não se vislumbra a possibilidade de haver nenhuma distinção de direitos ou exigências legais entre as parcelas da população brasileira homoafetiva (ou demais minorias) e heteroafetiva”;*
- *“Isso porque, segundo a legislação vigente, caberá ao prudente arbítrio do magistrado, sempre sob a ótica do melhor interesse do menor, observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto e as perícias e laudos produzidos no decorrer do processo de adoção”;*
- *“Na verdade, o bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante”.*

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Novamente, a decisão indica expressamente a inexistência de dispositivo legal que discipline a questão. Por conta disso, a análise do julgado

permite concluir que foram utilizadas apenas decisões judiciais anteriores e cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados como as normas jurídicas para fundamentar o entendimento. Outras fontes de direito foram preteridas porque não escolhidas.

IV. REsp 1281093/SP

A controvérsia paira sobre possibilidade de adoção de menor por casal homoafetivo, uma vez que o Ministério Público do Estado de São Paulo, diante de pedido de inscrição no cadastro de adoção, manifestou-se no sentido de ser *“juridicamente impossível a adoção de criança ou adolescente por duas pessoas do mesmo sexo”*.

Em primeiro grau, o pedido de adoção foi concedido. Contra a sentença, o Ministério Público do Estado de São Paulo promoveu Recurso de Apelação, o qual foi desprovido, com base no reconhecimento de que o pedido de adoção seria *“vantajoso à menor e permissivo do exercício digno dos direitos e deveres decorrentes da instituição familiar”*.

Sustentando violação aos Estatuto da Criança e do Adolescente, e Código Civil, o Ministério Público do Estado de São Paulo intentou Recurso Especial, para o fim de reformar o acórdão do tribunal paulista.

Após o processamento regular da medida – e com parecer do Ministério Público Federal para o não conhecimento do recurso –, a medida especial foi improvida pela unanimidade da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Não foram identificadas fontes utilizadas, pelo critério *qualitativo*, como *manejo* meramente *performático*.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 02 decisões judicial;
- b) 02 doutrinas nacionais (obra específica de Psicologia, das autoras Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia; e texto jurídico de Enézio de Deus Silva Junior);
- c) 01 artigo constitucional;
- d) 02 artigos de lei;
- e) 01 análise de direito comparado (o julgado se vale da experiência estrangeira para fundamentar o entendimento encartado, invocando as experiências consagradas em vários países, tais como França, Holanda, Suécia, Bélgica, Inglaterra, Alemanha, Canadá, Estados Unidos e Uruguai), presente no seguinte trecho:

- *“Volvendo, então, à linha argumentativa central, vale citar que a questão envolvendo a conveniência, para a criança, de adoção por casal homoafetivo, não é celeuma apenas no Direito Pátrio, mas debate que se espalha pelo mundo em marchas e poucas contramarchas, como se vê na recente discussão lançada pelo governo da França, que encaminhou projeto de lei ao Parlamento local, permitindo o casamento e adoção por casais homoafetivos.*

Outros países já permitiram essa adoção, sendo a Holanda, a precursora do movimento integrativo, pois desde 2001 reconhece, legalmente, a adoção unilateral, ou conjunta, em relações homoafetivas, no que foi seguida por Suécia, Bélgica, Inglaterra, Alemanha, Províncias canadenses de Quebec e Nova Scotia, e alguns Estados americanos.

Em nossa vizinhança, o Uruguai, já em 2009, aprovou lei permitindo a adoção por casais homoafetivos.”

- f) 04 cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (*“igualdade”, “melhor interesse do menor”, “cidadania integral” e “reais vantagens”*), presentes nos seguintes trechos:

- *“Vale dizer, se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração*

homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza. Estes, como aqueles, são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios”;

- “Analisa-se, assim, em atenção à primazia do melhor interesse do menor sobre qualquer outra condição ou direito das partes envolvidas, as considerações tecidas pelo recorrente, que apontam a inexistência de reais vantagens para a criança neste processo de adoção”;

- “As ideias subjacentes ao franqueamento dessa possibilidade são monocórdicas, pois apontam primeiro: para a óbvia cidadania integral dos adotantes”;

- “A ratio orientadora da definição de reais vantagens para a adotanda ultrapassa esse debate, que tem o evidente ranço de preconceito por orientação sexual, para se concentrar em elementos mais palpáveis e de maior relevo na formação da psique do infante”.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Não. As normas jurídicas são complementares e tratadas em pé de igualdade. As decisões judiciais anteriores, os dispositivos legais e constitucionais, as citações doutrinárias, a análise de direito comparado e as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados são lançados como peças de um mesmo mosaico. Todos parecem atuar de forma ordenada e igualitária em prol do entendimento lançado no julgado analisado.

Nenhuma fonte reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça foi preterida nesse julgado.

V. REsp 889852/RS

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão colegiada do Tribunal gaúcho, que reconheceu a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casal homoafetivo. Nesse sentido, sustentando afronta aos arts. 1.622 e 1.723, ambos do Código Civil, ao art. 1º, da Lei 9.278/96, e ao art. 4º, da LINDB, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pretendeu a negativa da inscrição do casal no cadastro de adoção.

O juízo singular deferiu a pretensão inicial, determinando a inserção do sobrenome do companheiro adotante nas crianças, “*sem mencionar as palavras pai e mãe*”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve o entendimento, indicando ser “*hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes*”.

Ao final, o Recurso Especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foi desprovido, unanimemente, pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 07 doutrinas nacionais (Fábio Konder Comparato, Vera Lucia da Silva Sapko, Ana Paula Ariston Barion Peres, Enézio de Deus Silva Júnior, Vicente Raó, Caio Mario da Silva Pereira e Maria Berenice Dias);

c) 04 artigos de lei.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 04 decisões judicial;
- b) 02 doutrinas (Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia (autoras do mesmo livro) e Caio Mário da Silva Pereira);
- c) 01 artigo constitucional;
- d) 05 artigos de lei;
- e) 01 análise de direito comparado (são indicadas experiências apresentadas por países como Inglaterra, País de Gales e Países Baixos), presente no seguinte trecho:

- “Ademais, como se sabe, e é possível constatar em rápida pesquisa à rede mundial de computadores, são vários países hodiernamente onde há previsão legal expressa permitindo a adoção por casais homossexuais, valendo destacar: Inglaterra, País de Gales e Países Baixos. O mesmo ocorre em algumas províncias da Espanha, entre as quais Navarra e País Basco”;

- f) 05 cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (“interesse dos menores”, “proteção do interesse das crianças”, “afetividade”, “ética” e “moral”), presentes nos seguintes trechos:

- “Todavia, mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo”;

- “Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si”;

- “É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento”;

- *“A par de prejuízos de ordem material (sucessão, pensão, dentre outros) que serão acarretados às crianças com a negativa do pleito da autora, avulta-se a questão ética, moral, pois o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica”.*

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Não. As normas jurídicas são tratadas em igualdade de condições, de forma dialógica. Ademais, todas as fontes de direito reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça foram contempladas nessa decisão.

3.3.2 Efeitos jurídicos do concubinato

Outro relevante tema diz respeito aos efeitos jurídicos do concubinato, analisado nos julgados a seguir.

Dotado de grande carga sociológica e moral, o concubinato tem conceito jurídico definido no artigo 1.727 do Código Civil: relação impedida e que não pode ser tida como entidade familiar. É a relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar. Afasta-se da noção de concubinato a relação de pessoas separadas de fato e separadas judicialmente que, apesar de serem impedidas para novo casamento, podem estabelecer união estável, conforme previsão expressa em lei (artigo 1.723 do Código Civil).

I. RMS 30414/PB

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba ordenou o rateio, entre cônjuge e concubina, de pensão instituída pela morte do titular do benefício. Ato contínuo, via Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, a ex-cônjuge

promoveu o questionamento da decisão colegiada ao Superior Tribunal de Justiça, requerendo a sua reforma.

Após tempos de recebimento da integralidade da pensão, a ex-cônjuge foi surpreendida pela redução pela metade dos valores auferidos mensalmente. Apurada a situação, diagnosticou ato administrativo que ordenou o rateio do pensionamento entre ela e a concubina do falecido marido.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do relator do recurso, Ministra Laurita Vaz, sinalizou que:

- “possui remansosa jurisprudência no sentido de que o concubinato, ou seja, o relacionamento adulterino mantido na constância do casamento – quando não houve sequer separação de fato entre os cônjuges – não pode ser erigido ao mesmo patamar jurídico da união estável, sendo certo que o reconhecimento dessa última é condição imprescindível à garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação pátria aos companheiros, inclusive para fins previdenciários”;

- “Nessas condições, in casu, a pretensão da Sra. Maria de Lourdes de Souza, deferida pela Administração Pública, não encontra guarida, sendo impossível reconhecer-lhe a condição jurídica de companheira, porquanto manteve com o de cujus relacionamento que se amolda ao concubinato e a esse, inclusive para fins previdenciários, não são garantidos os mesmos direitos atribuídos à esposa ou à companheira.”.

Ato contínuo, arrolando diversos julgamentos anteriores, reformou-se a o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, para o fim de conceder a segurança pleiteada pela ex-cônjuge e, conseqüentemente, cassar o rateio da pensão. Dessa forma, concentrou-se o pensionamento integralmente em favor da cônjuge impetrante.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 02 decisões judiciais.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 12 decisões judiciais.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Considerando ter havido entendimento consubstanciado em decisões judiciais anteriores – sem se lançar mão de qualquer outra fonte de direito –, diagnosticou escalonamento ou hierarquia de normas, na medida em que foram desconsideradas quaisquer outras fontes. O entendimento foi totalmente restringido a entendimentos judiciais pretéritos.

II. AgRg 1267832/RS

Foi promovida ação em face do INSS, para o fim de ter deferida pensão decorrente de morte de companheiro.

Com o devido processamento da demanda, houve acolhimento do pedido inicial, confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Entretanto, em sede de Recurso Especial promovido pelo INSS, a decisão foi reformada, para se negar a pretensão de recebimento da pensão por morte. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça fundamentou seu entendimento na distinção entre concubinato e união estável, destacando que, para aquela hipótese – na qual a autora estaria inserida –, não haveria de se reconhecer direito ao pensionamento.

O Ministro Jorge Mussi, seguido por unanimidade pela Quinta Turma do Tribunal, negou provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão colegiada que acolheu a tese exposta em Recurso Especial e que, por consequência, cassou o pensionamento:

- *“Tal orientação já foi sufragada por esta Corte Superior de Justiça, que prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável, o que impede que os efeitos jurídicos que dela irradiam alcancem a concubina.”;*
- *“Assim, afigura-se inviável reconhecer à agravante o direito à percepção da pensão por morte em concurso com a viúva, haja vista que o de cujus, à época do óbito, permanecia casado.”.*

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 02 artigos de lei.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 04 decisões judiciais;
- b) 01 artigo constitucional;
- c) 02 artigos de lei.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Foram selecionadas, nesse julgado, somente duas fontes de direito para além do texto normativo positivado. Logo, vislumbra-se um escalonamento em virtude da desconsideração de outras fontes reconhecidas pelo próprio Tribunal em outros julgamentos afetos ao direito de família.

III. REsp 1157273/RN

Novamente, nesse julgado, vem à tona o tema do paralelismo das uniões afetivas.

Sob a relatoria da Ministra Nancy Andrigli, o Recurso Especial julgado é fruto de ações declaratórias de reconhecimento de união estável *post mortem*, com efeitos previdenciários.

Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte negou provimento à apelação interposta contra a sentença que reconheceu uniões estáveis concomitantes e, por conseguinte, determinou o pagamento de pensão por morte na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das autoras companheiras.

Uma das companheiras contempladas promoveu Recurso Especial, para o fim de cassar o rateio do pensionamento, concentrando apenas em si o benefício.

Em sua fundamentação, sustentou a relatora do Recurso Especial que *“merece atenção o fato de que o autor de conduta reprovável, M. da C. G., já falecido, é quem deveria suportar as penalidades pelo comportamento afetivo paralelo, e não a concubina, que, muito embora detivesse conhecimento da vida dúplice que ele ostentava, não logrou êxito em comprovar o direito subjetivo pretendido, nos termos da legislação vigente”*. E, a partir disso, invocando diversas decisões já proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, acolheu o recurso promovido, para o fim de desconstituir o rateio e excluir a segunda companheira (agora, concubina) do benefício previdenciário.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Não foram identificadas fontes utilizadas, pelo critério *qualitativo*, como *manejo* meramente *performático*.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 08 decisões judiciais;
- b) 11 doutrinas nacionais (Laura Ponzoni, Maria Berenice Dias, Álvaro Villaça de Azevedo, Rodrigo da Cunha Pereira, Francisco José Cahali, Zeno Veloso, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Antônio Rulli Neto e Renato Asamura Azevedo);
- c) 05 artigos de lei;
- d) 09 cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (*“lealdade”, “dignidade da pessoa humana”, “solidariedade”, “afetividade”, “busca da felicidade”, “liberdade”, “igualdade”, “primado da monogamia” e “eticidade”*), presentes nos seguintes trechos:

- *“Dessa forma, uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade”;*

- *“Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade”.*

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como

manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Pela baliza aqui adotada, esse julgado selecionou apenas algumas das fontes de direito reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, caracterizando, assim, hierarquia.

IV. AgRg no AREsp 770596/SP

Em ação declaratória de união estável, a pretensão da autora foi negada, reconhecendo-se regime de concubinato mantido por ela e pelo falecido. A partir disso, negando qualquer benefício derivado da união estável, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que a hipótese do caso justificaria *“a indenização da autora somente pelos serviços prestados, em nome do princípio fundamental do enriquecimento sem causa”*.

Diante desse posicionamento, foi promovido Recurso Especial, para o fim de cassar a indenização, indicando-se que, em se tratando de concubinato, não haveria que se falar em proteção jurídica para o relacionamento.

Ao final, dando provimento ao Recurso Especial e, em seguida, não acolhendo agravo regimental interposto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, seguiu o entendimento da Ministra Isabel Galotti: *“O recurso não merece prosperar, de modo que deve ser mantida a decisão agravada por seus jurídicos fundamentos, os quais são aqui adotados como razão de decidir.”*

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Não foram identificadas fontes utilizadas, pelo critério *qualitativo*, como *manejo* meramente *performático*.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 01 decisão judicial.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Há clara preferência e escalonamento, na medida em que a decisão apenas reproduziu entendimento encartado em julgado anterior. Ou seja, ignoraram-se quaisquer outras eventuais fontes de direito, inclusive o texto normativo, para repisar argumentos lançados em julgado prolatado antes desse ora analisado.

V. REsp 872659/MG

Trata-se de ação de indenização por serviços domésticos prestados, ajuizada por concubina em face do espólio de A. do A. T. Pelo fato de jamais ter recebido qualquer compensação durante a convivência mantida, pleiteou-se valor correspondente a quatro salários mínimos, da data do início da relação até o falecimento do concubino.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido inicial, arbitrando *“indenização a ser paga pelo Espólio em favor da concubina no valor correspondente a um salário mínimo mensal, pelo período incontroverso e comprovado do concubinato, ou seja, de 23 anos, a partir de janeiro de 1971 até o óbito”*.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Minas Gerais reconheceu a prescrição quinquenal de parte do pedido, mas majorando a indenização para dois salários mínimos.

Ambas as partes promoveram Recurso Especial. E, ao final, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a medida recursal do espólio, para o fim de julgar improcedente o pedido indenizatório intentado pela concubina. Para tanto,

entendeu o tribunal que, apesar de declaradamente ter havido uma relação paralela de vinte e sete anos, *“o amor não tem preço. Não há valor econômico em uma relação afetiva”*.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, confere-se proteção jurídica à união estável:

“contudo, ao concubinato, entendido como a relação que abrange convivências à margem do casamento e que vulneram, portanto, os impedimentos existentes para a concretização de nova relação matrimonial, como as que existem em quebra do dever de fidelidade, quando, por exemplo, uma pessoa casada mantém vida concubinária simultânea à conjugal, não é conferido efeito jurídico, marcadamente de cunho patrimonial, porquanto em confronto direto com o objetivo maior de proteção da CF/88, que é o casamento”.

Segue o entendimento da relatora, Ministra Nancy Andrigli, no sentido de que conceder efeitos jurídicos ao concubinato seria *“cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento”*.

Complementa:

- *“reconhecer-se-ia uma dupla meação. Uma devida à viúva, reconhecida e devidamente amparada em lei. Outra, criada em Tribunais, como um “monstro” jurisprudencial, a assombrar os casamentos existentes e fazer avançar as uniões concubinárias, albergando-as e estimulando-as, ainda que a ideia inicial do legislador tenha sido no sentido de não permear o instituto do concubinato de efeitos marcadamente patrimoniais.”*;
- *“é por todos sabido que em tais relacionamentos, geralmente é a concubina que tem a proteção material do concubino, auferindo, deste, vantagens econômicas, o que bem se depreende da leitura dos autos, na hipótese em julgamento. Nenhuma vantagem econômica ou patrimonial foi apontada em relação ao falecido, na acepção de ter ele sido beneficiado materialmente pelo esforço da concubina. Ao contrário, a alusão que se faz, em grande parte no processo – inclusive no acórdão impugnado – diz respeito a favores que a*

concubina recebeu, amealhou e conservou ao longo e para além da relação concubinária, com ênfase ao imóvel residencial e comercial de que é proprietária”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Não foram identificadas fontes utilizadas, pelo critério *qualitativo*, como *manejo* meramente *performático*.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 03 decisões judiciais;
- b) 01 artigo constitucional;
- c) 01 artigo de lei;
- d) 01 cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado (“*casamento com instituição mais adequada de tutela da família*”), presente no seguinte trecho:
- “*O casamento, protegido constitucionalmente e pela lei civil, como a instituição mais adequada de tutela da Família – base da sociedade – , tem seus efeitos jurídicos e patrimoniais plenamente regulados e solidificados, conferindo-se aos cônjuges status social relevante, com direitos efetivamente assegurados*”.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Novamente, vislumbra-se a eleição seletiva de fontes de direito, preterindo-se outras já invocadas pelo Superior Tribunal de Justiça em julgados anteriores.

VI. REsp 931155/RS

Em julgado da lavra da Ministra Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou Recurso Especial originário de ação declaratória de união estável.

Em primeiro grau, a sentença acolheu o pedido *“para reconhecer a união estável havida entre a recorrida e o falecido, no período compreendido entre julho de 1980 até 20/6/1996, data do óbito. Determinou, assim, que fosse partilhado, na proporção de 50% para cada parte, o patrimônio adquirido a título oneroso, durante a constância da convivência do casal”*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em apelação, reformou parte da sentença, *“unicamente para preservar o direito patrimonial da viúva sobre os bens adquiridos durante a vigência da união estável” (fl. 708), cabendo, por conseguinte, à recorrida, 25% do patrimônio, sendo os outros 25% destinados à viúva”*.

Ao final do Superior Tribunal de Justiça acolheu Recurso Especial para reformar a decisão de segundo grau e *“julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida”*. Nesse sentido, indicou o Tribunal que:

- *“os elementos probatórios, portanto, atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, o que impõe a prevalência dos interesses da recorrente, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa da recorrida à partilha dos bens deixados pelo falecido”*;
- *“Em conclusão, o pedido formulado pela recorrida na inicial deve ser julgado improcedente, cassando-se, por consequência, o acórdão recorrido, por evidente confronto com a interpretação jurisprudencial dada à questão por esta Corte, porquanto não há como ser conferido o status de união estável a relação concubinária simultânea a casamento válido.”*

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Não foram identificadas fontes utilizadas, pelo critério *qualitativo*, como *manejo* meramente *performático*.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 03 decisões judiciais.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Novamente, a eleição de julgados como única fonte de direito demonstra uma preferência dessa norma jurídica em detrimento de qualquer outra. Ignoram-se dispositivos legais e quaisquer outras fontes, para promover decisões judiciais pretéritas.

3.3.3 Reconhecimento de multiparentalidade

A multiparentalidade – conjugando reconhecimentos biológico e socioafetivo de filiação – é o tema, dentre os escolhidos, mais inédito enfrentado pelo Superior Tribunal. Somente 1 (um) acórdão foi proferido acerca desse assunto específico.

I. REsp 1333086/RO

Cinge-se a controvérsia desse processo a verificar a possibilidade de registro de dupla paternidade (biológica e socioafetiva) na certidão de nascimento do menor, para assegurar direito futuro de escolha do infante.

Foi promovida, com esse fim, Ação Declaratória de Inexistência de Filiação c/c Anulatória de Registro Público, para o fim de desconstituir reconhecimento de paternidade socioafetiva. A medida foi ajuizada pelo pai biológico, que apenas se descobriu nessa condição após vários anos do nascimento do filho, até então registrado em nome do companheiro da genitora, que o fizera em erro. Ao final, pleiteou-se a procedência do pedido a fim de que fosse declarada inexistente a filiação do requerido em relação ao pai que o registrou e reconhecido o autor como verdadeiro pai do menor.

Com o regular processamento da medida, o pedido foi acolhido em primeiro grau, o que ensejou o manejo de Recurso de Apelação pelo Ministério Público Estadual.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, por sua vez, concluiu que a convivência familiar e a afetividade constroem e consolidam os estados de filiação, independentemente de provimento judicial, e não há previsão legal para o registro duplo de paternidade na certidão de nascimento da criança.

Insistente na tese, o Ministério Público Estadual interpôs Recurso Especial para que fosse garantida à criança a existência registral de dois pais: o biológico e o afetivo sem necessariamente lhe ser excluído o afetivo para contar apenas o biológico, resguardando-se a ele, no futuro, o exercício pleno dos direitos que entender cabíveis.

O Recurso Especial foi negado, por unanimidade, em julgamento proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

- *“Com efeito, as novas concepções de família e o desenvolvimento da sociedade têm dado visibilidade ao afeto como meio de identificação dos vínculos familiares para definir os elos de parentalidade.”;*
- *“A jurisprudência pátria tem seguido essa tendência. Em inúmeros julgados desta Corte tem-se concluído pela prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica em razão dos aspectos econômico, jurídico e social.”;*
- *“Da mesma forma, a discussão a respeito da existência de dois pais no assento de nascimento da criança tem tomado corpo nos últimos*

anos, mormente em virtude do reconhecimento das relações homoafetivas e da possibilidade de adoção de menores por casais do mesmo sexo.”

- “Assim, do exame acurado dos autos, não sobressaiu o interesse do pai socioafetivo em permanecer com seu nome no registro de nascimento do menor. De outro lado, o que se nota, na realidade, é que o pai biológico, tão logo soube da paternidade, a abraçou e a exerce efetivamente desde tenra idade da criança (menos de um ano). Não se tem registro de nenhum prejuízo, social, moral ou afetivo, que tenha impactado no interesse do menor a justificar o pedido deste especial.”;

- “Ademais, não se sustenta o argumento do Ministério Público estadual de que haveria a necessidade de duplo registro em razão do vínculo afetivo desenvolvido entre o pai socioafetivo e o infante. Conforme mencionado nas próprias razões do recurso especial, bem como salientado pelo estudo psicossocial (fls. 39-41, e-STJ), a criança não foi privada da convivência familiar com o pai socioafetivo, que ainda é marido da genitora, não tendo a exclusão de seu nome do registro influenciado na afetividade entre ambos.”;

- “De todo o exposto, não se vislumbra a apontada violação do art. 3º da Lei nº 8.069/1990, haja vista não se ter evidenciado afronta ao princípio da proteção integral ao menor. Tanto os direitos da personalidade quanto os de caráter patrimonial da criança estão preservados em sua integralidade, não se tendo demonstrado a necessidade real da preservação do nome de ambos os pais na certidão de nascimento de D. M. H.”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 05 decisões judiciais;
b) 03 doutrinas nacionais (Maria Berenice Dias, citada duas vezes, e Hugo Migro Mazzilli);

c) 01 artigo de lei;

d) 01 cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado (*“proteção integral ao menor”*), presente no seguinte trecho:

- *“... não se vislumbra a apontada violação do art. 3º da Lei nº 8.069/1990, haja vista não se ter evidenciado afronta ao princípio da proteção integral ao menor. Tanto os direitos da personalidade quanto os de caráter patrimonial da criança estão preservados em sua integralidade, não se tendo demonstrado a necessidade real da preservação do nome de ambos os pais na certidão de nascimento de D. M. H.”*

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, não foram identificadas quaisquer fontes, entendendo-se que todas as citações, referências e decisões invocadas não guardam qualquer relação com a conclusão alcançada pelo julgado.

Trata-se de um conjunto de argumentos de autoridades genéricos e aleatórios, cabível para qualquer conclusão.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Prejudicada. Não foram diagnosticadas normas jurídicas específicas nesse julgado. De fato, todos os argumentos de autoridade invocados são meramente ilustrativos, condizentes com qualquer conclusão que se pretenda alcançar.

3.3.4 Desconstituição de registro de filiação

A desconstituição (ou anulação) de registro de filiação é tema bastante recente nos debates sociais e jurídicos do direito de família. Por conta disso, dada a sua relevância e atualidade, este assunto também foi abordado nesse trabalho.

I. REsp 1333360/SP

Trata-se a questão recursal central da (ir)revogabilidade de reconhecimento de paternidade realizado "por piedade", diante de prova técnica da não filiação biológica. Alega-se que o autor do reconhecimento arrependeu-se e, antes de seu falecimento, pretendeu desconstituí-lo.

Um dos herdeiros, para tanto, ajuizou ação declaratória de anulação de testamento cumulada com negatória de paternidade contra os aqui recorrentes. Na petição inicial, o autor afirmou que o testamento outorgado por seu pai não representou livremente sua vontade, uma vez que não estava em seu perfeito juízo e gozo de suas faculdades mentais no momento de sua feitura. Esclareceu que seu pai (testador) faleceu em 1980 e, em vida, no ano de 1977, outorgou testamento, devidamente registrado em cartório. Nesse mesmo momento, teria ele declarado que o autor era seu filho legítimo e da esposa de suas primeiras núpcias e que vivia maritalmente com uma das rés. Dessa segunda união teria nascido, em 1974, os dois gêmeos, também réus, segundo declarou o testador.

Entretanto, asseverou o autor da ação que, desde 1971, o seu genitor (testador) encontrava-se enfermo, inclusive, sexualmente impotente, decorrente de delicada cirurgia cerebral, incapaz, portanto, de ter gerado os gêmeos. Aduziu que a mãe dos gêmeos, ré na ação, declarou, antes de ir viver com seu pai, o nome de outra pessoa como sendo o genitor dos gêmeos (e que ela apenas foi morar com o testador após o nascimento dos dois filhos). Afirmou que, em setembro de 1978, em raro momento de lucidez, o falecido testador teria pedido ao autor da ação que providenciasse o cancelamento do testamento, assim como dos registros de

nascimento dos gêmeos, sob o fundamento de que fez o registro por piedade, não sendo, no entanto, pai biológico dos réus.

O juiz sentenciante negou o pedido. O autor interpôs apelação e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso para anular o processo, a partir da sentença, e determinou a realização das perícias grafotécnica e de DNA.

Os réus na ação principal interpuseram Recurso Especial, ao argumento que a determinação das provas grafotécnica e DNA não alteraria o debate central, pois o falecido, testador, já teria reconhecido a paternidade dos gêmeos por piedade e nada poderia ser mudado caso viesse a ser comprovado que ele não era o pai biológico dos recorrentes.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso nos seguintes termos:

- “Se a declaração realizada pelo de cujus, por ocasião do registro, foi inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com os infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. Logo, o que se extrai dos autos é que para o de cujus nunca existiu erro substancial quanto à pessoa dos gêmeos reconhecidos, não tendo o pai falsa noção a respeito das crianças, situação que não será alterada, ainda que sejam produzidas provas da filiação biológica e estas concluírem que R e R não são filhos biológicos do de cujus.”;

- “Assim, com razão os recorrentes ao afirmarem a impossibilidade de realização das provas periciais, e, mais que isso, a sua desnecessidade, porque incapazes de infirmar o estado de filiação que se formou para além da consanguinidade, sem qualquer dependência com a genética. A determinação de realização do exame de DNA, assim como a perícia grafotécnica para a comprovação da autenticidade do “bilhete” escrito pelo pai registral, atestando seu

arrependimento é, a meu ver, inútil, porque incapaz de alterar a condição da filiação.”;

- “A meu ver, na verdade, seis anos na vida de uma criança é tempo mais que suficiente para que sua personalidade e sua vida sejam diretamente identificadas às do pai, sendo capazes de conferir à relação estabelecida status de socioafetividade. No ponto, penso, ademais, que aqui o maior dos requisitos para reconhecer-se socioafetividade foi indiscutivelmente preenchido, qual seja a vontade de ser o pai dos gêmeos e a voluntariedade de ser reconhecido como tal, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai daquelas crianças.”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 02 decisões judiciais;
- b) 01 doutrina nacional (Paulo Lôbo).

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 04 decisões judiciais;
- b) 04 doutrinas nacionais (Rodrigo da Cunha Pereira, Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Jr., Maria Berenice Dias);
- c) 01 artigo constitucional;
- d) 03 artigos de lei;
- e) 01 cláusula geral (“*socioafetividade*”), presente no seguinte trecho:
- “A meu ver, na verdade, seis anos na vida de uma criança é tempo mais que suficiente para que sua personalidade e sua vida sejam

diretamente identificadas às do pai, sendo capazes de conferir à relação estabelecida status de socioafetividade.”

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Não. Nesse caso, houve um equilíbrio entre as fontes de direito reconhecidas pelo Tribunal, sendo todas tratadas em igualdade de condições, sem o diagnóstico de qualquer escalonamento.

II. REsp 1330404/RS

Este Recurso Especial é oriundo de ação negatória de paternidade, em que se pretende o reconhecimento judicial de que o réu não é seu filho biológico, procedendo-se, por conseguinte, à correlata retificação no registro.

O autor argumentou em sua inicial que, tendo estabelecido união estável com a genitora, efetuou o registro do réu, oriundo, supostamente, da referida relação havida entre o casal. Não obstante, em virtude do posterior conhecimento, por parte do demandante, de que sua então companheira o traiu, dúvidas surgiram quanto à paternidade da criança. Nesse contexto, promoveu a presente ação, pugnando pela realização de exame genético (DNA) e, ao final, pela procedência da ação negatória de paternidade, procedendo-se à averbação no registro de nascimento do réu.

Realizado o exame de DNA, o laudo pericial concluiu pela exclusão da paternidade.

Em primeira instância, a ação restou julgada improcedente, sob o fundamento de que a consolidação da paternidade socioafetiva, verificada na hipótese dos autos, prevalece sobre a verdade biológica.

Irresignado, o autor da ação interpôs recurso de apelação, em que se sustentou, basicamente, ser descabida a prevalência da paternidade socioafetiva proveniente de vício de consentimento (erro), pois somente efetuou o registro, por

acreditar, verdadeiramente, ser o pai do réu, concebido durante a união estável estabelecida com a genitora. O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria de votos, conferiu provimento à insurgência, para julgar procedente a ação negatória de paternidade, com a retificação do correlato assento de nascimento.

O réu da ação, representado por sua genitora, opôs embargos infringentes, que restaram, também por maioria de votos, acolhidos pela Corte estadual, para restabelecer a sentença de improcedência da ação.

Em suas razões do Recurso Especial, o autor da demanda rechaça a apontada paternidade socioafetiva, pois, além de calcada em vício de consentimento, as partes já viveram mais de 05 anos longe um do outro e sem qualquer demonstração de socioafetividade.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial, trazendo as seguintes razões de decidir:

- *“A hipótese dos autos, como assinalado, não cuida de adoção à brasileira, a considerar que o autor da ação, induzido a erro, acreditava ser, por ocasião do registro, o genitor da criança, supostamente oriunda da união estável estabelecida com a genitora desta.”;*
- *“Autorizada doutrina, em abordagem à filiação socioafetiva, bem identifica a necessidade da presença do claro e unívoco propósito de o pretenso pai assim ser reconhecido, sob pena de imputar ao indivíduo, imbuído de elevado espírito de solidariedade (ou, como no caso dos autos, induzido a erro escusável), encargos que, efetivamente, não esteja disposto a arcar, a desestimular, inclusive, este salutar comportamento.”;*
- *“Na hipótese dos autos, não se pode olvidar que a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais (durante os primeiros seis/sete anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a*

ser de conhecimento do declarante, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível.”;

- “A evidenciar o sério intuito de desfazer o ato de reconhecimento de paternidade, lastreado em erro, o demandante, após ter ciência de que não é pai biológico do réu, com este não mais estabeleceu qualquer contato, postura que perdura há mais de oito anos (período superior à metade dos atuais quinze anos de vida do requerido). Tampouco se antevê, do comportamento adotado pelo demandante, propósito de relegar os relevantes interesses do menor para um segundo plano, apenas para fustigar a ex-companheira, em represália ao término da relação, tal como alegado pela parte adversa. Definitivamente, não. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos.”;

- “Em conclusão, é de se acolher a pretensão de desconstituição da paternidade registral, porquanto evidenciado: i) que o declarante, ao proceder o registro de nascimento, sob a presunção pater is est, foi induzido em erro; ii) que a relação de afeto então estabelecida entre pai e filho registrais, igualmente calcada no vício de consentimento originário, restou definitivamente rompida; e iii) que não houve manifestação consciente e voluntária do apontado pai registral de ser reconhecido juridicamente como tal (pressuposto da configuração da filiação socioafetiva), após saber que não é o genitor da criança.”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 01 artigo constitucional;
- b) 03 artigos de lei.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 06 decisões judiciais;
- b) 03 doutrinas nacionais (Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Jr. (autores do mesmo livro), Rolf Madaleno e Paulo Lôbo);
- c) 03 artigos de lei.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Foram preteridas várias fontes já reconhecidas pelo Tribunal, elegendo-se apenas algumas para fundamentar o julgado em questão. Assim, diagnostica-se a ocorrência de hierarquia entre elas.

III. REsp 1433470/RS

Cinge-se a controvérsia a definir se, àquele que reconhece voluntariamente a paternidade de criança, em relação à qual tinha dúvidas acerca da existência de vínculo biológico, assiste o direito subjetivo de propor, 50 anos depois, ação negatória e de anulação de registro de nascimento calcada em exame de DNA que afasta a paternidade biológica.

A ação proposta foi negatória de paternidade e anulação do registro de nascimento, sob a alegação que manteve relacionamento com a mãe do

requerido nos anos de 1952 e 1953 e que, tempos depois do respectivo término, soube que ela estava grávida. Sustentou que, à época, foi convencido por renomado advogado de que o filho era seu e que deveria registrá-lo, o que ocorreu em 1954. Contudo, argumentou nunca manteve contato com o réu, que lhe procurou somente em 2005, para saber informações sobre a família paterna. Na ocasião, o autor teria duvidado da paternidade haja vista a ausência de semelhança física entre eles, o que foi confirmado por exame de DNA realizado espontaneamente pelas partes, que excluiu o vínculo genético.

A sentença julgou procedente o pedido para declarar que o autor não é o pai do réu e determinar a exclusão de seu nome do assento de nascimento do requerido e de seus sucessores, com fundamento na inexistência de vínculo genético e sócio afetivo entre as partes.

O réu recorreu da sentença e o E. Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de apelação.

O autor, então, interpôs Recurso Especial alegando que demonstrado o vício de consentimento e diante da ausência de vínculo genético e afetivo entre as partes é possível a anulação do ato de reconhecimento de paternidade.

O Superior Tribunal de Justiça rejeitou o Recurso Especial sob o argumento principal que o recorrente não manifestou vontade eivada de vício capaz de anular o registro:

- “Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 06. Logo, não há erro no ato daquele que registra como próprio filho que sabe ser de outrem, ou ao menos tem sérias dúvidas sobre se é seu filho, como fez o recorrente com o então menor F F B, ainda que o tenha feito apenas cedendo à pressão da família ou de outras pessoas, como afirma.”;

- “No entendimento desta Corte, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento, é necessária prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto, o que, todavia, não ficou demonstrado na hipótese.”;

- “Em situações como a dos autos, há que se ter em mente que a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os seres humanos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos dos relacionamentos amorosos ou puramente sexuais, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, em atenção ao interesse maior da criança. 12. À vista desses argumentos, é inaceitável que alguém, publicamente, se declare pai, mesmo tendo dúvidas de que efetivamente o seja e mais de 50 anos depois, simplesmente desista de sê-lo, valendo-se da inexistência do vínculo biológico e da falta de convívio familiar.”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Não foram identificadas fontes utilizadas, pelo critério *qualitativo*, como *manejo* meramente *performático*.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 03 decisões judiciais;
- b) 02 artigos de lei.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. O fato de terem sido invocadas, para além do texto normativo positivado, as decisões judiciais como fontes de direito, reconhece-se a existência de escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça.

IV. REsp 1676877/MG

Trata-se de Recurso Especial para decidir se o acórdão recorrido, ao manter a paternidade registral, observou as hipóteses em que se permite a alteração do registro de nascimento do infante.

A ação é negatória de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento, por meio da qual se objetiva o reconhecimento da inexistência de paternidade biológica e, em virtude disso, o reconhecimento da nulidade do registro de nascimento do menor, com a expedição de ofício ao Cartório de Registro Civil para averbações.

A sentença julgou procedente o pedido, ao fundamento de que a prova pericial, consubstanciada em exame de DNA realizado sob o crivo do contraditório, é indiscutível no sentido de que o recorrente não é o pai biológico do recorrido; que ambos os genitores jamais desconfiaram que o menor não fosse fruto do relacionamento por eles vivenciado, o que caracteriza a existência de erro; que não existe nenhum vínculo afetivo entre o recorrente e o recorrido.

Interposta pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à apelação, pois o reconhecimento de filho, mesmo não sendo pai biológico, realizado em registro de nascimento, é irrevogável, salvo comprovação de vício de vontade, cujo ônus probatório incumbe à parte interessada em anulá-lo.

Os fatos trazidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, por meio de Recurso Especial, são: (i) o recorrente não é o pai biológico do menor, conforme exame de DNA realizado sob o crivo do contraditório; (ii) por ocasião do nascimento do infante, o recorrente e a recorrida, que mantiveram um longo relacionamento, não tinham ciência de que o menor poderia não ser fruto daquele relacionamento; (iii) a relação amorosa entre recorrente e recorrida desfez-se poucos meses após o nascimento do menor; (iv) após o rompimento, o recorrente deixou de prestar assistência ao menor, motivando o ajuizamento de ação de alimentos; (v) ao ser citado para a ação de alimentos, o recorrente realizou exame de DNA particular, em que constatou não ser pai biológico do menor; (vi) alguns meses após a realização do exame de DNA é que o recorrente decidiu afastar-se do infante; (vii) no curso do processo judicial, o pai biológico do menor interveio e

se manifestou no sentido de assumir a paternidade biológica, registral e, principalmente, a socioafetiva.

O Superior Tribunal deu provimento ao Recurso Especial, sob as seguintes razões:

- *“Embora não conste dos autos, em detalhes, as circunstâncias que levaram o recorrente a duvidar da paternidade biológica do menor, fato é que tais dúvidas somente ocorreram alguns meses após o ato registral e foram deflagradas por um motivo absolutamente espúrio e verdadeiramente torpe: o manejo, pela genitora, de uma ação de alimentos. Aliás, o imediato ajuizamento da ação pela genitora em desfavor do recorrente, tão logo este cessou o pagamento das prestações alimentares, permite inferir que não apenas o recorrente, mas ambos os genitores viviam em situação de erro, pois, se tivesse ela dúvidas acerca da paternidade biológica, possivelmente titubearia em cobrar os alimentos do pai ainda incerto ou, até mesmo, realizaria um exame de DNA previamente ao ajuizamento da ação, a fim de se certificar da paternidade biológica.”;*

- *“De outro lado, a constante instabilidade e volatilidade das relações conjugais em nossa sociedade atual não podem e não devem impactar as relações de natureza filial que se constroem ao longo do tempo e independentemente do vínculo de índole biológica.”;*

- *“Tendo em mira essas premissas, verifica-se na hipótese que a efetiva convivência entre o recorrente e o menor perdurou por um lapso temporal diminuto – aproximadamente 18 (dezoito) meses após o nascimento – insuficiente, por si só, para caracterizar a existência de um vínculo paternal socioafetivo.”;*

- *“Além disso, verifica-se que a ação negatória de paternidade foi ajuizada pelo recorrente imbuído por um sentimento absolutamente incompatível com uma relação fraternal, afetuosa e amorosa que deve envolver o convívio paterno-filial: vingança – esta é a palavra mais adequada em virtude de ter a genitora pretendido judicialmente a fixação e a regular prestação de alimentos, o que, aliás, seria despiendo se realmente houvesse vínculo paternal de natureza*

socioafetiva. A propósito, a inconstância e a instabilidade emocional do recorrente que, ao ter conhecimento da notícia de que não era o pai biológico do menor, dele não se afastou imediatamente, ainda provendo alguma espécie de sustento econômico e emocional nos 2 (dois) meses subsequentes à revelação do resultado do exame de DNA, não é suficiente para a caracterização da paternidade socioafetiva. Isso porque não seria razoável exigir de todos, indistintamente, um determinado padrão comportamental, supostamente mais adequado, no momento em que se deve enfrentar uma questão dessa natureza. É evidente que o ser humano, por vezes tão falho e frágil, é permeado de idiossincrasias que provocam diversas reações quando expostos exatamente à mesmíssima situação.”;

- “É absolutamente crível que essa manifestação, datada de dezembro de 2011, tenha efetivamente evoluído para uma relação paterno-filial assentada no amor e nos valores que este menor necessita, cabendo ao Poder Judiciário preservar, integralmente, este laço afetivo que tão tortuosamente se construiu, motivo pelo qual, havendo um pai biológico disposto a ser também o pai registral e o socioafetivo, não há porque ser mantido o vínculo registral com quem, reiteradamente, demonstrou não querer ser o pai desta criança.”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 02 decisões judiciais;

b) 01 cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado (“*melhor interesse do menor*”), presente no seguinte trecho:

- *“Finalmente, há uma circunstância específica que, em sintonia com o princípio do melhor interesse do menor, conduz a necessidade de imediata desvinculação registral entre o recorrente e o menor”.*

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 01 decisão judicial;
- b) 01 artigo de lei.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Uma vez mais, há preferência de fontes de direito em detrimento de outras. Logo, vislumbra-se hierarquia exatamente pela seletividade das fontes utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

V. REsp 1256025/RS

A questão jurídica levada ao exame do Superior Tribunal de Justiça cinge-se a definir, no conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva, qual deve prevalecer.

O recurso tem origem em ação de investigação de paternidade c/c anulação de registro civil. Na inicial, a autora relatou ter sido registrada, quando já atingia a idade escolar, pelo segundo companheiro da mãe, como se filha dele fosse. Decorridos 32 anos, veio a ser procurada pela mãe e irmãos do pai biológico, vindo a descobrir a verdadeira origem. Por intermédio deles, ficou sabendo que o pai biológico já teria falecido, mas deixou manifestado o interesse pelo reconhecimento da paternidade. Juntou resultado de exame de DNA, feito com material fornecido pelos familiares do pai biológico, comprovando a paternidade.

Acolhido o pedido na sentença, o Tribunal, por maioria, reformou a decisão, julgando improcedente o pedido por entender presentes elementos da

paternidade socioafetiva entre a autora e o pai registral por longo período, devendo prevalecer sobre a verdade biológica.

A autora da ação interpôs Recurso Especial sustentando, em síntese, que tem o direito de ver reconhecida sua paternidade biológica, a despeito de ter sido adotada "à brasileira", o qual, por unanimidade, foi acolhido pela 3ª Turma, para o fim de restabelecer a sentença prolatada pelo d. Juízo de primeiro grau:

- *"Ainda que o Direito venha construindo um novo conceito de família, traduzindo-a como núcleo de afetividade, daí suas várias formas de composição hoje reconhecidas, creio que não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração quem postula o reconhecimento ou a negativa da paternidade e as circunstâncias de cada caso."*;

- *"Consta da sentença que houve imediata afinidade entre a recorrente e os familiares do pai biológico, por meio dos quais soube que ele sempre teve o desejo de conhecê-la e reconhecê-la, bem como que não o fez na época de seu nascimento por impedimento da mãe, em razão de não querer casar-se com ela."*;

- *"Diante desse cenário, não contraditado pelo acórdão recorrido, negar à recorrente o direito de ver reconhecida sua origem biológica implica inaceitável afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com base no qual se assegura a qualquer pessoa ter esclarecida sua verdade biológica."*;

- *"Todavia, ainda que se reconheça presente a filiação socioafetiva com o pai registral, não se pode descurar que decorre da chamada "adoção à brasileira", situação que tem na sua origem um vício de falsidade, não se podendo impor à investigante, ora recorrente, que se conforme com situação inverídica criada à sua revelia e à margem da lei."*;

- *"Também não seria razoável exigir, penso, que, para ter o direito de ver reconhecida a paternidade biológica, a investigante tivesse que cortar relações e negar o carinho e respeito que nutre por aquele que foi levada a acreditar, ao longo de tantos anos, ser o pai biológico. A*

Quarta Turma já teve oportunidade de analisar caso semelhante e concluiu que a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registraís não se consubstancia em óbice para o acolhimento do pedido investigatório.”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 03 decisões judiciais (com entendimento diametralmente oposto àquele insculpido pelo julgado analisado);

b) 01 cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado (“*dignidade da pessoa humana*”), presente no seguinte trecho:

- “Diante desse cenário, não contraditado pelo acórdão recorrido, negar à recorrente o direito de ver reconhecida sua origem biológica implica inaceitável afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com base no qual se assegura a qualquer pessoa ter esclarecida sua verdade biológica.”

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

a) 02 decisões judiciais.

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. De forma clara, houve a adoção exclusiva de decisões anteriores como fontes de direito, ignorando-se qualquer outra eventual norma jurídica condizente ao caso. Por conta disso, diagnostica-se uma preferência, um

escalonamento hierárquico de fontes, preterindo qualquer outra em favor de decisões pretéritas.

VI. REsp 1167993/RS

A questão de mérito também confronta a paternidade socioafetiva e a biológica.

A autora ajuizou ação de investigação de paternidade e maternidade cumulada com anulação de registro. Alegou que, com 6 (seis) meses de vida, foi entregue a um casal, que a registraram como se filha biológica fosse. Na adolescência, soube que sua mãe biológica era sua madrinha, mas que seus pais "adotivos" desconheciam quem era o pai biológico, uma vez que lhes fora entregue somente por sua genitora. Somente seis anos depois da morte de seus pais registrais, a autora, com 47 (quarenta e sete) anos de idade, conseguiu saber a identidade de seu pai biológico e, assim, propôs a presente ação.

A sentença de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido para declarar os requeridos na pais biológicos da autora, para todos os fins de direito, inclusive hereditários, negando, apenas, carga constitutiva à sentença, para fins de manter íntegro o registro de nascimento.

Em grau de apelação, a sentença foi reformada para que o pedido da autora fosse julgado totalmente improcedente ao argumento principal de ser descabida a investigação de paternidade, quando resta consolidada a relação jurídica de paternidade socioafetiva com o pai e a mãe registrais.

A autora interpôs Recurso Especial que foi julgado procedente pelo Superior Tribunal de Justiça:

- *“Quanto ao mais, a tese adotada pelo acórdão recorrido, segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica, deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto.”;*

- *“De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja*

verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva.”;

- “Porém, no caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica esse estado contrário ao que consta no registro civil, parece claro que lhe socorre a existência de "erro ou falsidade" para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.”;

- “Porém, a chamada "adoção à brasileira" - ao contrário da adoção legal - não tem aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e pai biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico nascido do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais resultantes da paternidade biológica, como os registrais, patrimoniais e hereditários. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética - o qual, aliás, é conferido também aos filhos legalmente adotados - insere-se nos atributos da própria personalidade; é segura manifestação da predileção do Ordenamento Constitucional pela dignidade humana em detrimento de todos os óbices que eventualmente possam ser opostos à realização da pessoa em sua plenitude.”;

- “Em suma, a paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira”.”;

- “Ressalto, finalmente, que, ao contrário de como procedeu o acórdão recorrido, os propósitos da autora em procurar o seu pai biológico não

podem ser investigados nesta ação, porque a eles, quaisquer que sejam, opõe-se um direito de maior envergadura, alicerçado na dignidade da pessoa humana, que é o de obter sua identidade genética, com todos os consectários legais. Tal investigação equivale a colocá-la (a autora) no banco dos réus para que eventual amesquinamento de sua pretensão fosse descortinado, esquecendo-se que, por quase cinquenta anos, foi-lhe negado o conhecimento acerca de sua ancestralidade. Se, agora, não existe afetividade entre ela e seu pai biológico, tal circunstância não pode ser imputada à autora, que não escolheu estar nessa situação, sendo certo que, em compensação, também não existe nenhum dado a revelar oportunismo por parte da filha em relação ao pai que se pretende o reconhecimento, o qual é aposentado do INSS e auferia, em 2004, R\$ 707,02 (setecentos reais e dois centavos, fl. 65).”.

A partir dessa descrição, pode-se buscar responder às indagações formuladas:

1. Quais são as fontes de direito utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para análise e decisão do tema selecionado?

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo performático*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 04 decisões judiciais;
- b) 02 doutrinas nacionais (Arnaldo Rizzardo e Paulo Lôbo);
- c) 01 artigo constitucional;
- d) 08 artigos de lei.

Pelo critério *qualitativo*, como *manejo meritório*, foram identificadas as seguintes fontes:

- a) 01 decisão judicial;
- b) 01 doutrina nacional (Maria Berenice Dias);

c) 03 cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (“*melhor interesse da prole*”, “*personalidade*” e “*dignidade humana*”), presentes nos seguintes trechos:

- “*De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva.*”;

- “*O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética - o qual, aliás, é conferido também aos filhos legalmente adotados - insere-se nos atributos da própria personalidade; é segura manifestação da predileção do Ordenamento Constitucional pela dignidade humana em detrimento de todos os óbices que eventualmente possam ser opostos à realização da pessoa em sua plenitude.*”

2. Havendo reconhecimento de outras fontes de direito para além do texto normativo positivado (de acordo com o critério qualitativo como manejo meritório), há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito declaradas pelo Superior Tribunal de Justiça?

Sim. Considerando ter havido entendimento consubstanciado em decisões judiciais anteriores, doutrina e cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado – sem se lançar mão de dispositivo legal ou constitucional –, diagnosticou escalonamento ou hierarquia de normas.

CONCLUSÃO

O pluralismo de fontes de direito é uma ocorrência constante na história do direito brasileiro – ora de forma exposta, ora de maneira velada. Portanto, a primeira atitude desse estudo foi a de compilar algo de que há suficiente evidência comprovada pela doutrina especializada.

Especificamente na sociedade atual, imersa nas diferenças, integrada por pessoas marcadas pela diversidade (de gênero, de idade, de região, de cultura, de estrato social, de religião, de interesses) e por grupos portadores de heterogêneas aspirações, planos variados de regulação existem de fato; as diversas normatizações existem na realidade da vida comunitária.

Diante desse pluralismo normativo em uma experiência de complexificação social, a problemática que se quis apontar foi a possibilidade ou não de toda norma produzida por um – qualquer que seja – agrupamento humano ser reconhecida como jurídica.

A aceitação da diversidade social e da variedade de normas não exclui a certeza sociológica de que existirão conflitos concretos os quais o direito será convocado a solucionar. E os meios para esse expediente precisam estar definidos, de modo a impedir que se viva um caos de direitos (que significa, ao fim, ausência de direito) e que o direito represente um instrumento de dominação e exclusão. A adequação do sentido de direito à vigência de todas as normas produzidas por qualquer ordem de grupo social reforça fragmentações em um sistema binário de prioridade-indiferença, centralidade-marginalidade, inclusão-exclusão, a transgredir as condições mínimas de representatividade e legitimidade, em um panorama marcado por desarmonia e crise de convivência social.

A ausência de critério de legitimação que deva obedecer a norma vigente equivale a *alguém* substituir o povo na tarefa de criar o direito. Esse *alguém* poderá ser uma elite de especialistas, uma elite econômica, uma elite cultural ou quem entenda ser o sabedor das soluções “certas e justas”, carente de qualquer legitimação. Poderá haver regulação hegemônica ou por normas desconhecidas, imprecisas ou não aceitas por quem não pertence ao grupo feitor.

Então, depois de traçada a configuração atual do direito quanto à realidade da situação, questões relevantes foram colocadas à dogmática jurídica – teoria da prática do direito – no tocante à democraticidade do direito. A ordem jurídica precisa, de um lado, conformar as mais variadas práticas normativas que coexistem na sociedade, sem as restringir forçosamente à unidade, preservando-lhes suas especificidades; de outro vértice, é necessário manter um nível mínimo de integração das normas que regulam a vida em comum.

Inexistindo um método eficaz que permita recepcionar, de forma verdadeira e sem discriminação, todas as formas de manifestação autônoma do direito e de dar a todas elas os mesmos peso, nível e capacidade de normatização na comunidade jurídica, de modo igualitário, não imposto e inclusivo, uma possível solução oferecida por António Manuel Hespanha é a salvaguarda dos ordenamentos vigentes que garantam uma maior democraticidade; é a exigência de que, para serem jurídicas, as normas precisam ser democráticas.

Seguindo esse raciocínio, apenas poderá ser admitido pluralismo jurídico²⁴⁶ se o pluralismo normativo for democrático. E para terem legitimidade democrática (e serem consideradas normas jurídicas), as fontes de direito terão que ter vigência reconhecida por corresponderem a concordâncias sociais alargadas e serem, a partir daí, estabilizadoras.

A validade da fonte de direito não poderá mais provir de uma determinação legal (validade formal), mas terá que decorrer de um reconhecimento comunitário pela via do foro a quem a sociedade concede a permissão para dizer qual é o direito.

A proposta do autor é que a legitimação democrática seja satisfeita pela validação da norma vigente como jurídica: quando houver reconhecimento da norma para valer como direito, por uma instância jurisdicional, tendo como base o seu carácter consensual e estabilizador.²⁴⁷

²⁴⁶ Insiste-se que o conceito aqui empregado é o formulado por António Manuel Hespanha: reconhecimento da manifestação do direito de forma plural e não-hierarquizada, para além do expressamente declarado na lei estatal, por normas que regulam comportamentos sociais e que correspondam a concordâncias sociais alargadas para serem, por isso, estabilizadoras.

²⁴⁷ O reconhecimento pelas instâncias jurisdicionais, que legitima democraticamente a validade jurídica, deve calcar-se na consensualidade e na eficácia estabilizadora das normas efetivamente vigentes, de acordo com a teoria de António Manuel Hespanha aqui adotada como base. Contudo, este estudo limitou-se a análise do reconhecimento, sem aprofundar-se nas suas razões.

O passo inicial, à vista disso, para alcançar a necessária democraticidade é o de que a fonte seja reconhecida pela coletividade como apta a produzir direito (reconhecimento de *quem diz o direito*). É preciso verificar as múltiplas formas de manifestação ou de declaração daquilo que a comunidade *reconhece* como direito, ou seja, como idôneo para regular as situações concretas que afetam a todos que juntos convivem, cada qual com suas particularidades.

Desse primeiro requisito, imprescindível à legitimação democrática, é preciso extrair por qual meio a comunidade expressará o reconhecimento do direito; como a comunidade declarará quem são os produtores por ela reconhecidos como capazes de criar direito. Hespanha entende que terão de ser definidas, consensualmente pela comunidade, instâncias das quais dependerá esse reconhecimento do direito, porque ela (a comunidade) não é capaz de diretamente fazer essa definição.

Também aqui se adota um critério realista: as instâncias que serão capazes de reconhecer quais são as fontes produtoras de direito não devem ser definidas, formalmente, pela atribuição de competências pelo Estado; mas, antes, realisticamente, pela verificação de que certas entidades assumem a função de dizer qual é o direito, por consenso da comunidade.

Assim, a norma em vigor na sociedade será legitimamente jurídica se a sua fonte for reconhecida como apta a produzir direito (reconhecimento de *quem diz o direito*) pelas instâncias a quem a comunidade aprova o poder de reconhecer qual fonte é tida como direito (reconhecimento de *quem diz quem diz o direito*). O primeiro requisito de validade jurídica das normas, em um contexto de pluralismo jurídico pretensamente democrático, é, enfim, o reconhecimento comunitário delas como fontes produtoras de direito, por intermédio de alçadas a quem se admite com aquiescência a competência para decidir.

Por isso, os desdobramentos desse estudo foram buscar uma instância de reconhecimento no Brasil e, em seguida, colher quais normas são usadas em determinadas decisões. O que se pretendeu foi detectar o primeiro requisito²⁴⁸ sugerido por António Manuel Hespanha para se alcançar pluralismo

²⁴⁸ Como explanado no segundo capítulo dessa dissertação, para que se preserve a legitimação democrática, o pluralismo normativo terá que, na opinião de António Manuel Hespanha, alcançar três requisitos: (i) reconhecimento, (ii) consensualidade e (iii) eficácia estabilizadora.

jurídico (pluralismo normativo democrático): identificar eventual reconhecimento de fontes de direito plurais – em que medida e contornos – por uma instância consensualmente aceita para *dizer quem diz o direito* no Brasil.

Nessa investida empírica, os tribunais estatais brasileiros podem ser considerados instância de reconhecimento de outras fontes de direito, porque é ao Poder Judiciário que os brasileiros dirigem muitas de suas intenções, conforme exposto no segundo capítulo do presente estudo.²⁴⁹

Identificado realisticamente que a ciência cotidiana dos juristas é ainda um foro a que os brasileiros recorrem para dirimir conflitos no Brasil e, pelo silogismo aqui traçado, é uma alçada com competência de análise da validade jurídica das normas vigentes na sociedade, elegeu-se pesquisar quais fontes (*quem diz o direito*) o Superior Tribunal de Justiça (*quem diz quem diz o direito*) usa para decidir, nos casos de direito de família.

Pela metodologia aplicada, foram selecionadas 18 (dezoito) decisões colegiadas sobre os seguintes temas, afetos ao direito de família: (i) adoção homoafetiva, (ii) efeitos jurídicos do concubinato, (iii) reconhecimento de multiparentalidade e (iv) desconstituição de registro de filiação.

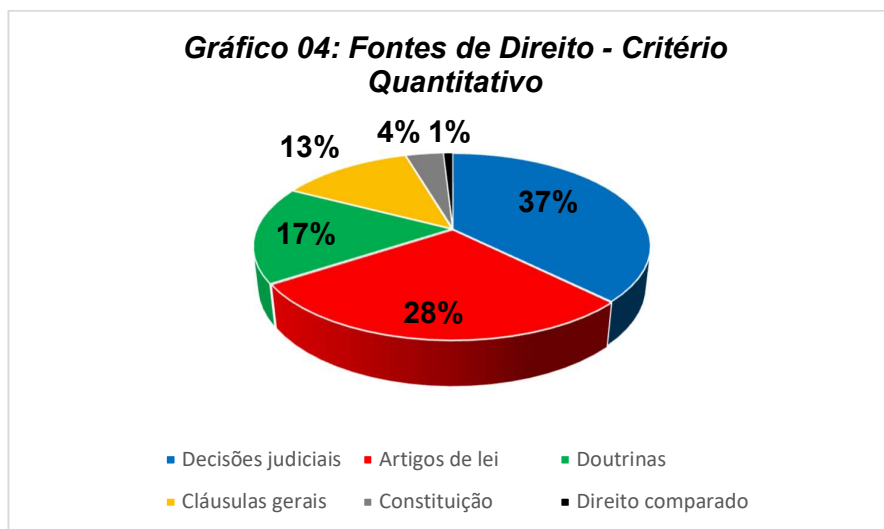
A análise detida de todos os julgados, explorados individualmente, leva à conclusão que há pluralismo normativo, no sentido de se reconhecer manifestação do direito de forma plural, para além do expressamente declarado na legislação estatal: o Superior Tribunal de Justiça reconhece como normas jurídicas, afora o texto legal positivado (legislação infraconstitucional e Constituição Federal), outras 4 (quatro) fontes de direito, quais sejam, (i) decisões judiciais anteriores, (ii) cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, (iii) doutrina e (iv) direito comparado. Nenhuma outra fonte de direito foi identificada.

As fontes encontradas foram classificadas sob os 2 critérios detalhados no item 3.2.3: *manejo performático* e *manejo meritório*. O primeiro engloba as fontes utilizadas como exclusivo mecanismo ornamental, sem nenhuma conexão direta – e particular – com o caso concreto, servindo para fundamentar qualquer entendimento (ou, sob outro viés, não servindo para fundamentar

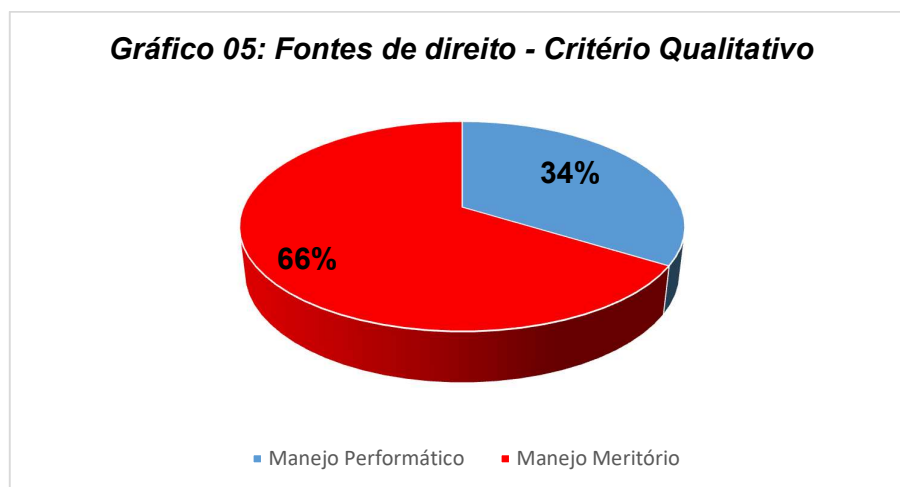
²⁴⁹ Vide item 2.3 no segundo capítulo.

entendimento algum). O segundo, em oposição, traz as fontes de direito que ampararam a resolução do conflito posto à apreciação do Tribunal.

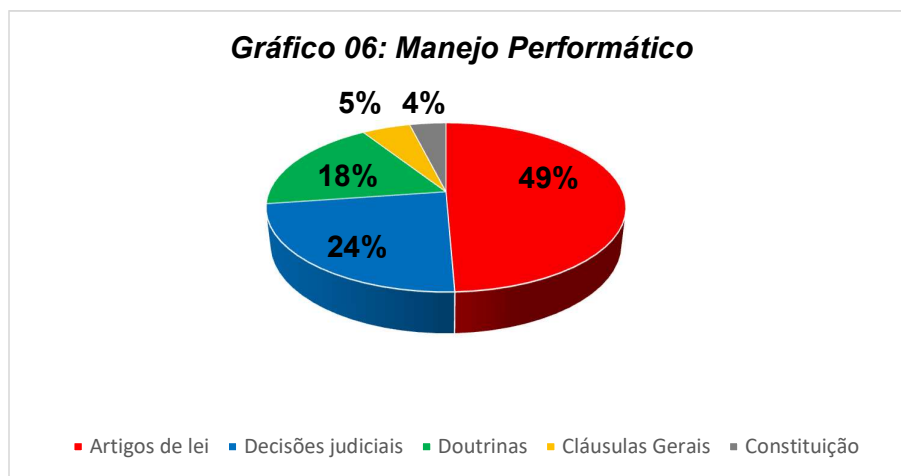
Em 18 acórdãos, as 6 únicas fontes de direito apareceram 228 vezes (critério meramente quantitativo): 82 vezes foram decisões judiciais anteriores, 62 artigos de lei, 37 cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, 37 doutrinas, 8 artigos constitucionais e 2 análises direito comparado:



De acordo com o critério qualitativo, as fontes de direito foram empregadas 77 oportunidades em *manejo performático* e 151 em *manejo meritório*:



Como *manejo performático*, foram empregadas em 38 oportunidades os artigos de lei, 18 as decisões judiciais anteriores, 14 as doutrinas, 4 as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados e 3 os artigos constitucionais:



Desses gráficos (05 e 06), dois “detalhes” merecem ser destacados. Primeiro, a quantidade de vezes em que fontes tiveram emprego exclusivo como mecanismo ornamental nos julgados analisados. Todas essas citações, evidentemente, vão ao encontro da posição adotada pelo voto. Mas, ao que parece, o objetivo dessas compilações não é convencer pela força do argumento, mas sim tentar impressionar pela pressentida sabedoria e domínio da matéria. Por isso, foram essas fontes de direito tidas com função meramente ilustrativa e classificadas como *manejo performático*.

Foram, por consequência, entendidas como *argumento de autoridade*: segundo esse formato de argumentação, quanto mais elevada a quantidade de autoridades invocadas, maior a robustez da erudição do voto. A posição adotada parece mais certa, mais justa quando mais autoridades se alinham a ela.

A estrutura dos votos que se valeram de *argumentos de autoridade* segue um padrão: formula-se a tese que se tem convicção. Depois, são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a congruência entre as fontes e a respectiva contextualização com a lide que se está a julgar. Ao final, é imposto um resultado para o caso como se ele fosse óbvio e claro, por ter sido, justamente,

sustentado por autoridades que dominam o assunto. A finalidade das citações é fortalecer a posição defendida pelo relator do voto, conferindo a ela uma aparência de unanimidade.

Não se trata, nessas hipóteses, de encontrar o argumento decisivo e, em seguida, expor como outros julgados anteriores e doutrinadores (exemplo fontes de direito trajadas como *manejo performático*) já argumentaram no mesmo sentido, a fim de ratificar que a decisão tomada é a mais acertada à luz do direito posto. Pretende-se com a alusão a autoridades – e quanto mais, melhor – convencer que a solução adequada para a demanda é exatamente aquela adotada pelo acórdão.

A intenção dessas citações de fontes pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça não parece ser a reconstrução sistemática do direito, e sim a exposição da opinião de uma autoridade. O argumento não é considerado por ser uma estruturação do sistema, e sim porque foi adotado por este ou por aquele autor, por esta ou por aquela turma do tribunal.

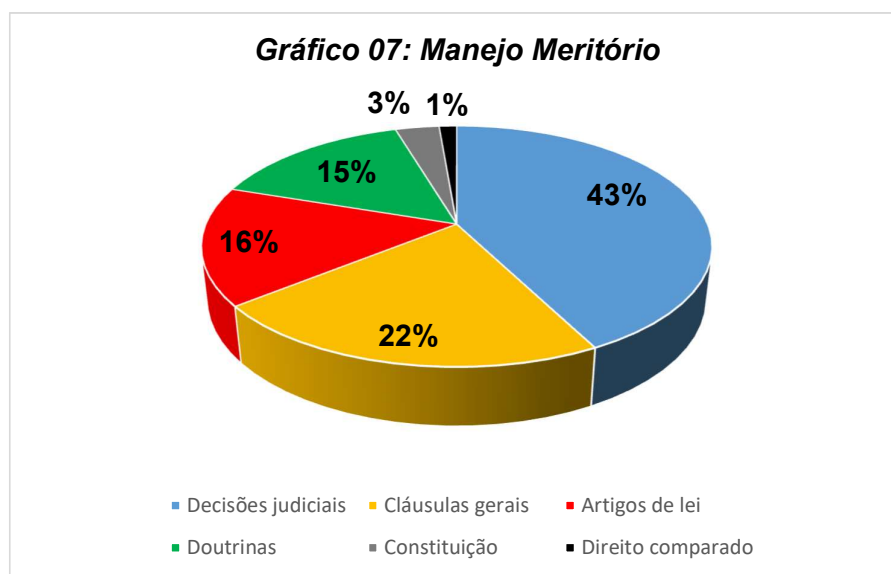
O encargo de revelar a coerência entre leis, casos anteriores, doutrinadores ou outras fontes mencionadas no corpo do voto é substituído pela tentativa de convencimento eficaz do destinatário, utilizando-se, para tanto, de qualquer elemento ou estratagema. O que importa é o oferecimento de um desfecho, de uma decisão, e não o critério argumentativo que a fundamente (não há explicação do porquê de cada artigo de lei, autor ou decisão anterior, por exemplo, ser relevante para a solução final, de acordo com uma reconstrução sistemática das fontes de direito).

Até porque a argumentação se limita à exposição dos motivos pelos quais foi convencida de determinada solução jurídica, independentemente do raciocínio desenvolvido para se chegar nela. Quer-se evidenciar as causas pelas quais se arquitetou a opinião pessoal acerca de qual deva ser a melhor solução para o caso. A decisão aparenta estar mais focada no resultado do que em sua justificação.

Com efeito, não se extrai da citação de fontes de direito como *manejo performático* nenhum ônus argumentativo. Na aplicação de *argumentos de autoridade*, a elaboração de padrões decisórios se dá a partir das razões subjetivas para decidir.

O segundo ponto que se quer ressaltar do gráfico 06 é a fonte de direito mais utilizada como *manejo performático*: a lei positivada. Artigos de lei são simplesmente copiados em sua íntegra, sem qualquer explicação da sua compatibilidade ou da sua pertinência ao fato concreto. Não há qualquer exposição do nexo entre o texto legal e a conjuntura fática da lide que se está a julgar. Ao que parece, a legislação é destacada somente para se atribuir uma (pseudo)legitimidade à decisão.

Em contrapartida, fontes de direito foram usadas como *manejo meritório* em 151 ocasiões: 64 vezes foram decisões judiciais anteriores, 33 cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, 24 artigos de lei, 23 doutrinas, 5 artigos constitucionais e 2 análises direito comparado:



Essas referências, que guiaram o entendimento encartado pelo Superior Tribunal de Justiça, foram classificadas como *normas jurídicas* reconhecidas, porque, de algum modo, indicaram a (e levaram à) conclusão alcançada pelo voto. Delas, extraiu-se a conclusão que há pluralismo normativo reconhecido pelo Tribunal, sob o viés de outras fontes de direito consideradas, além da lei estatal positivada.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, que é uma instância de reconhecimento (*quem diz quem diz o direito*) no Brasil, pelos moldes definidos

nessa dissertação, reconhece como *normas jurídicas* (*quem diz o direito*) as decisões judiciais anteriores, as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, os artigos de lei, as doutrinas, a Constituição e o direito comparado.

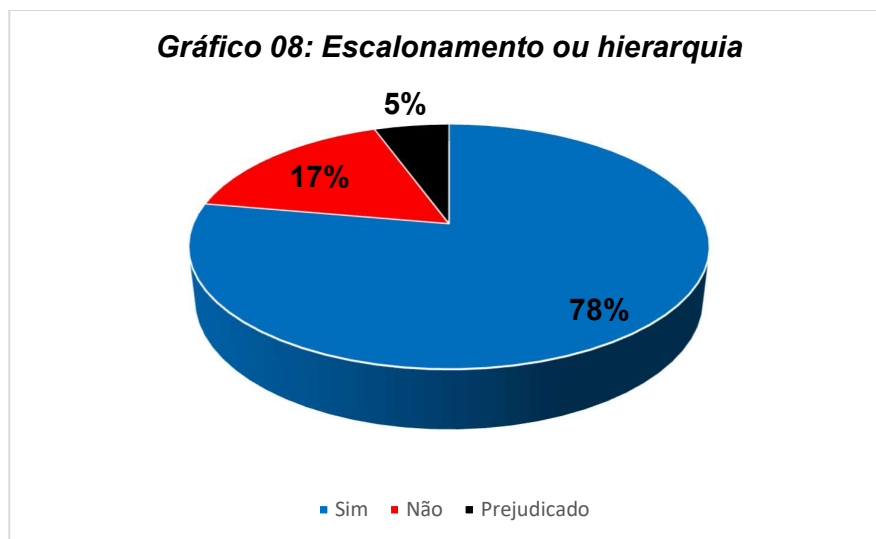
Pelos números que compõem o gráfico 07, é possível extrair que as decisões judiciais anteriores e as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados são as *normas jurídicas* mais utilizadas pelo Tribunal, em uma porcentagem muito superior às demais fontes. Daí pode ser levantada, de imediato, a comprovação empírica de que *quem diz o direito* no Brasil são os juízes: 65% das *normas jurídicas* (fontes de direito propriamente ditas, porque empregadas como *manejo meritório*) adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça emanam da construção realizada pelo próprio Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça utilizou-se 37 vezes de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados: em 4 oportunidades como *manejo performático* e em 33 oportunidades como *manejo meritório*:

CLÁUSULA GERAL OU CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	OCORRÊNCIA
Melhor interesse do menor / dos menores/ da prole	x7
Dignidade da pessoa humana / dignidade humana	x4
(Socio)afetividade / afeto	x4
Igualdade	x3
Proteção integral	x2
Ética / eticidade	x2
Primado da monogamia	x1
Liberdade	x1
Busca da felicidade	x1
Moral	x1
Bom desempenho	x1
Pluralismo familiar	x1

Segurança jurídica	x1
Lógica e razoabilidade	x1
Lealdade	x1
Cidadania integral	x1
Reais vantagens	x1
Solidariedade	x1
Personalidade	x1
Bem-estar	x1
Casamento como instituição mais adequada de tutela da família	x1

Dentre os julgados que decidiram com base em *normas jurídicas* (*manejo meritório* das fontes de direito), o Superior Tribunal de Justiça demonstrou preferência em 14 oportunidades, caracterizando hierarquia ou escalonamento²⁵⁰ na seleção e aplicação das fontes de direito declaradas:



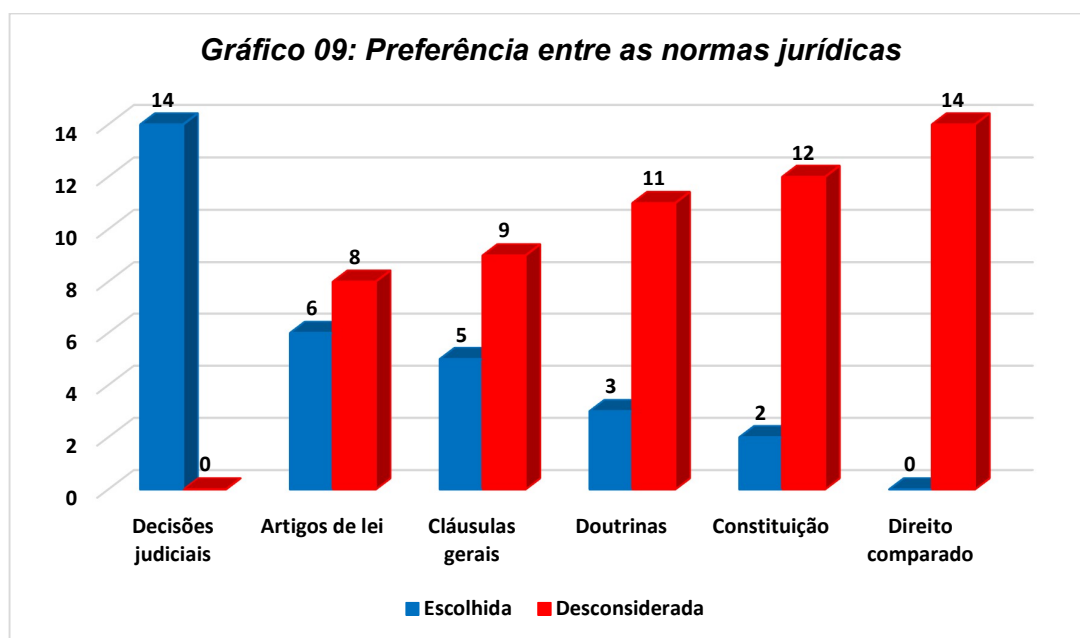
Como exposto acima, em 18 julgados analisados identificaram-se unicamente 6 *normas jurídicas* reconhecidas pelo Tribunal ao decidir temas de direito de família. Em 14 dos 18 julgados, o Tribunal não se utilizou das 6 normas

²⁵⁰ A metodologia para identificar escalonamento foi explicada no item 3.2.3

jurídicas para fundamentar sua decisão, selecionando – sem exposição dos motivos que levaram a essa preferência – apenas algumas delas. Não há explicação para esse escalonamento, ou seja, não se justificaram os critérios e as razões para escolha da fonte de direito: o porquê de a fonte escolhida ser relevante (e as rejeitadas, não) para a solução final, de acordo com uma reconstrução sistemática das fontes de direito. A fonte não foi (des)considerada por (não) contribuir para a estabilização do sistema jurídico e das expectativas sociais.

As decisões judiciais anteriores e as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (que são as *normas jurídicas* mais utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça) poderiam ser fontes de direito compatíveis com o princípio democrático se, ao menos, os pressupostos e motivações de suas aplicações fossem explícitos, acessíveis, transparentes, de modo a que pudessem ser objeto de debates públicos.

Nos 14 julgados em que houve escalonamento entre as normas jurídicas, a preferência (e rejeição, de outro vértice) se deu 14 oportunidades pelas decisões judiciais, 6 pelos artigos de lei, 5 pelas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, 3 pelas doutrinas, 2 pela Constituição e nenhuma pela análise do direito comparado.



Assim, tem-se que, no Brasil, *quem diz quem o diz o direito* é o Poder Judiciário e *quem diz o direito* é o mesmo Poder Judiciário.

E, embora tenha sido identificado pluralismo normativo nas decisões que envolvem o direito de família, o Superior Tribunal de Justiça não reconhece pluralismo jurídico democrático, porque não foram atribuídos os mesmos peso, nível e capacidade de normatização, de modo igualitário, não imposto e inclusivo às normas jurídicas consideradas.

Não há tratamento transversal das fontes de direito reconhecidas e, portanto, não há pluralismo jurídico, que rejeita escalonamento formal ou arbitrário de fontes de direito. Em um contexto de pluralismo jurídico democrático, o direito não deve ser estruturado em formato de uma pirâmide cujo topo é a Constituição e as leis ou qualquer outra norma eleita discricionariamente.

Aliada à trajetória histórica da teoria das fontes de direito no Brasil e aos critérios de legitimação democrática necessária ao fenômeno de pluralidade de normatizações em António Manuel Hespanha, essa pesquisa empírica pretendeu trazer elementos à busca do pluralismo jurídico democrático no âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constitution and politics: a difficult relationship**. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 out 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de. GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/09.pdf>> Acesso em 01 ago. 2017.

_____. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. A Transmodernidade do direito e as novas formas de juridicidade. (texto apresentado na Universidade Blas Pascal, Cordoba/Argentina, maio de 1999 e na 2ª Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, Curitiba, agosto de 1999). Disponível em <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/5198332>> Acesso em 30 out. 17.

_____. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2017 (ano base 2016)**. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>> Acesso em 01 nov.2017.

CORREAS, Óscar. ¿Kelsen y el pluralismo jurídico? (Kelsen and Legal Pluralism?). **Crítica Jurídica Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**. n. 32. 2011.

_____. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. **InSURgência**: revista de direitos e movimentos. vol. 1, n. 1, 2015, p. 105-120.

_____. **Crítica da ideologia jurídica**: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

_____. **Introdução à sociologia jurídica**. Tradução de Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Juruá: Curitiba, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma: Laterza, 2009.

_____. **Legislação e jurisdição na Europa**: a era do Estado Constitucional (texto apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito, Brasília, setembro de 2013, trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luis Henrique Krassuski Fortes).

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. n. 44, p. 61-76, 2006.

_____. Estados, Poderes e Jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, André Peixoto de (coord.). **Estado, Poder e Jurisdição**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

_____. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001.

_____; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (org.).

História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

GEDIEL, José Antônio Peres. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014.

_____. **Direito Civil Contemporâneo.** UFPR. Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado, outubro de 2017. Notas de Aula.

GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. Poder Político e Administração na Formação do Complexo Atlântico Português (1645-1808). In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII).** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GROSSI, Paolo. **A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico.** Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004.

_____. A identidade do jurista, hoje. In: **Doutorado *Honoris causa* a Paolo Grossi.** Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2011.

_____. **Assolutismo giuridico e diritto privato,** Milano: Giuffrè, 1988.

_____. Globalização, Direito, Ciência jurídica. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **O direito entre poder e ordenamento.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. **Primeira lição sobre direito.** Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESPANHA, António Manuel. A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **O Antigo Regime nos trópicos:** a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

_____. Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **Na trama das redes:** política e negócios no império português - séculos XVI a XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. **Cultura Jurídica Européia:** síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?. **Iusgentium.** vol.12, n.6, 2015.

_____. **O caleidoscópio do direito:** o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Pluralismo jurídico e direito democrático:** prospetivas do direito no séc. XXI, 2016, e-book.

_____. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,** n. XXXV, 2006, p. 68. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>>

KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PLATÃO. **A República**. Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro), Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA, José Gerardo (org.). **Introdução crítica ao direito**. 4ªed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

_____. **O discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabril, 1988.

SOUZA, André Peixoto de. **Direito público e modernização jurídica**: elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX. 01. Jul. 2010. 208 folhas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 61, 2010.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Quem tem o poder de “dizer o direito”? In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). **O Direito nos Tribunais Superiores**. Curitiba: Bonijuris, 2015.

_____. **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil:** recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015.

STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. **Cadernos do PPG Direito UFRGS**. vol. 9, n. 2, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 11, 2014.

_____. **O que é isto** – decido conforme minha consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WEHLING, Maria José. A questão do direito no Brasil Colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais. In: NEDER, Gizlene (org.). **História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais. **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba, PR: ABDConst., 2011. pp. 143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/Antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 27 out 2017.

_____. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ANEXOS

QUADRO-RESUMO DAS ANÁLISES EMPÍRICAS

Quem diz quem diz o direito no Brasil?	O Poder Judiciário. * Vide gráficos 01, 02 e 03.
Quantidade de julgados analisados:	18.
Há pluralismo normativo nas decisões proferidas pelo STJ, no âmbito de direito de família?	Sim, se considerado apenas o sentido de reconhecimento de outras fontes de direito, além da legislação positivada.
Quais fontes de direito são reconhecidas pelo STJ?	(i) decisões judiciais anteriores, (ii) cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, (iii) doutrina, (iv) direito comparado, (v) Constituição Federal e (vi) leis.
Pelo critério <i>quantitativo</i> , qual fonte de direito foi mais vezes empregada?	As decisões judiciais anteriores. - 82 decisões judiciais anteriores: 37%; - 62 artigos de lei: 28%; - 37 cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: 13%; - 37 doutrinas: 13% - 8 artigos constitucionais: 4%; - 2 análises direito comparado: 1%. *Vide gráfico 04: Fontes de Direito - Critério Quantitativo.
Pelo critério <i>qualitativo</i> , as fontes de direito foram mais vezes utilizadas como <i>manejo performático</i> (revelando-se <i>argumento de</i>	Manejo meritório (77 em <i>manejo performático</i> e 151 em <i>manejo meritório</i>).

<p><i>autoridade</i>) ou <i>manejo meritório</i> (revelando-se <i>norma jurídica</i>)?</p>	<p>*Vide gráfico 05: Fontes de direito - Critério Qualitativo.</p>
<p>Como <i>manejo performático</i>, qual fonte de direito foi mais vezes empregada? Ou, qual fonte de direito foi mais vezes empregada como <i>argumento de autoridade</i>?</p>	<p>A lei.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 38 oportunidades os artigos de lei: 49%; - 18 as decisões judiciais anteriores: 24%; - 14 as doutrinas: 18%; - 4 as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: 5%; - 3 os artigos constitucionais: 4%; - 0 análise de direito comparado: 0%. <p>*Vide gráfico 06: Manejo Performático.</p>
<p>Como <i>manejo meritório</i>, qual fonte de direito foi mais vezes empregada? Ou, qual fonte de direito foi mais vezes empregada como <i>norma jurídica</i>?</p>	<p>As decisões judiciais anteriores.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 64 vezes as decisões judiciais anteriores: 43%; - 33 as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: 22%; - 24 os artigos de lei: 16%; - 23 as doutrinas: 15%; - 5 os artigos constitucionais: 3%; - 2 as análises direito comparado: 1%. <p>*Vide gráfico 07: Manejo Meritório.</p>
<p>Há hierarquia ou escalonamento na aplicação das <i>normas jurídicas</i> reconhecidas pelo STJ?</p>	<p>Sim. O Superior Tribunal de Justiça demonstrou preferência em 14 dos 18 julgados analisados.</p> <p>*Vide gráfico 08: Escalonamento ou hierarquia.</p>

Qual a <i>norma jurídica</i> mais preferida pelo STJ, nos casos em que houve hierarquia ou escalonamento?	As decisões judiciais anteriores. * <i>Vide</i> gráfico 09: Preferência entre as normas jurídicas.
Quem diz o direito no Brasil?	O Poder Judiciário. * <i>Vide</i> gráficos 04, 07, 08 e 09.
Há pluralismo jurídico ²⁵¹ nas decisões proferidas pelo STJ, no âmbito de direito de família?	Não. Embora tenha sido identificado pluralismo normativo, (i) foram reconhecidas somente as fontes de direito tradicionais, ignorando qualquer normatização vigente na sociedade e (ii) há escalonamento ou preferência hierárquica na aplicação das fontes de direito reconhecidas.

²⁵¹ Conforme explanado no item 1.2 deste trabalho, existem vários contornos e perspectivas que impedem a sintetização de uma única conceituação de pluralismo jurídico. Assim, por uma seleção metodológica, o conceito de pluralismo jurídico aqui adotado foi o formulado por António Manuel Hespanha: reconhecimento que o direito se manifesta de forma plural e não-hierarquizada, para além do expressamente declarado na lei estatal, por normas que regulam comportamentos sociais, cuja vigência efetiva seja aceita e que correspondam a concordâncias sociais alargadas para serem, por isso, estabilizadoras.

EMENTAS²⁵² DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E ANALISADAS NO ITEM 3.3

Decisões sobre adoção homoafetiva

HC 404.545/CE

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA E ADOÇÃO. MENOR IMPÚBERE (10 MESES DE VIDA). CASAL HOMOAFETIVO. ENTREGA PELA MÃE. ADOÇÃO. PROCEDIMENTO FORMAL INICIADO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MEDIDA TERATOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, que foi recolhida em abrigo após longo convívio com a família que o recebeu como filho, impõe afastar de plano o óbice formal da Súmula nº 691/STF. 2. O menor, então com 17 (dezessete) dias de vida, foi deixado espontaneamente pela genitora na porta dos interessados, fato descoberto após a conclusão de investigação particular. 3. A criança vem recebendo afeto e todos os cuidados necessários para seu bem-estar psíquico e físico desde então, havendo interesse concreto na sua adoção formal, procedimento já iniciado, situação diversa daquela denominada adoção "à brasileira". 4. A observância do cadastro de adotantes não é absoluta porque deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor. 5. Ordem concedida. (STJ, Terceira Turma, DJe: 29/08/2017).

REsp 1525714/PR

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ARTS 29 E 50, §§ 1º E 2º). HABILITAÇÃO PARA FINS DE ADOÇÃO DE MENOR. FASE DE NATUREZA JURISDICIONAL. CABIMENTO DO ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE PESSOA HOMOAFETIVA NO CADASTRO. POSSIBILIDADE. LIMITE MÍNIMO DE IDADE DO ADOTANDO. IMPOSIÇÃO DESCABIDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. É viável a inscrição de pessoa homoafetiva no cadastro de interessados em adoção de menor, cabendo a verificação do preenchimento dos requisitos estabelecidos nos arts. 29 e 50, §§ 1º e 2º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 2. Ante a ausência de restrição legal, descabe a imposição de limite de idade para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva. 3. Recurso especial desprovido. (STJ, Quarta Turma, DJe: 04/05/2017).

REsp 1540814/PR

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE HOMOAFETIVO NO REGISTRO PARA ADOÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. LIMITE DE IDADE PARA SER ADOTADO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REQUISITOS DO RECURSO NÃO PREENCHIDOS. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. 1. Hipótese em que pessoa homoafetiva intenciona figurar no registro de pessoas interessadas em adoção de

²⁵² Optou-se pelas ementas para que não houvesse exagero de laudas. O inteiro teor dos votos pode ser encontrado no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça.

menores. 2. A tese do Ministério Público estadual é de que o interessado homoafetivo somente pode se inscrever para adoção de menor que tenha no mínimo 12 (doze) anos de idade, para que possa se manifestar a respeito da pretensa adoção. 3. Não há disposição no ordenamento jurídico pátrio que estipule a idade de 12 (doze) anos para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva. 4. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal. 5. O conteúdo normativo dos arts. 3º, 6º, 15, 16, 18 e 45, § 2º, do ECA não foi prequestionado pelo tribunal de origem, mesmo depois de opostos os embargos declaratórios, de modo que incide, na espécie, a Súmula nº 211/STJ. 6. Recurso especial não provido. (STJ, Terceira Turma, DJe: 25/08/2015).

REsp 1281093/SP87

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de

gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. (STJ, Terceira Turma, DJe: 04/02/2013).

REsp 889852/RS

EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese

autor. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ, Quarta Turma, DJe: 10/08/2010)

Decisões sobre efeitos jurídicos do concubinato

RMS 30414/PB

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO. EXTENSÃO DA RES JUDICATA À ADMISSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUMBINA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A coisa julgada contida no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na petição inicial do processo de conhecimento. 2. Conquanto somente o dispositivo da sentença seja abarcado pela coisa julgada material, é certo que os efeitos da res judicata apenas se abatem sobre as matérias cujos contornos fáticos e jurídicos tenham sido efetivamente examinados e decididos pelo Poder Judiciário de forma definitiva. 3. Na peça vestibular da ação de reconhecimento de concubinato não foi veiculado qualquer pedido no sentido de que restasse declarada a existência de união estável; e

também não consta do decisor transitado em julgado nenhuma consideração, apreciação de prova ou desenvolvimento de tese jurídica que tivesse por objetivo alicerçar conclusão nesse sentido. 4. No caso de pensão por morte, é possível o rateio igualitário do benefício entre a ex-esposa e a companheira de servidor falecido. 5. O reconhecimento da união estável pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento. 6. A vigência de matrimônio não é empecilho para a caracterização da união estável, desde que esteja evidenciada a separação de fato entre os ex-cônjuges, o que não é a hipótese dos autos. 7. O concubinato não pode ser erigido ao mesmo patamar jurídico da união estável, sendo certo que o reconhecimento dessa última é condição imprescindível à garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação pátria aos companheiros, inclusive para fins previdenciários. 8. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. (STJ, Quinta Turma, 24/04/2012)

AgRg 1267832/RS94

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONCUBINATO ADULTERINO. RELAÇÃO CONCORRENTE COM O CASAMENTO. EMBARAÇO À CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO. IMPEDIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável. 2. Agravo regimental improvido. (STJ, Quinta Turma, DJe: 19/12/2011)

REsp 1157273/RN

EMENTA: Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. - Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato o judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. - A análise dos requisitos insitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. - A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. - O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de

2010). - Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. - As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido. (STJ, Terceira Turma, DJe: 07/06/2010)

AgRg no AREsp 770596/SP

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que é inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado do que o existente no casamento e na união estável. 2. A mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união, não admite que, após o rompimento da relação, ou com a morte de um deles, o outro cogite pleitear indenização por serviços prestados. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Quarta Turma, DJe: 23/11/2015).

REsp 872659/MG99

EMENTA: Direito civil. Família. Recurso especial. Concubinato. Casamento simultâneo. Ação de indenização. Serviços domésticos prestados. - Se com o término do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento; ora, se o cônjuge no casamento nem o companheiro na união estável fazem jus à indenização, muito menos o concubino pode ser contemplado com tal direito, pois teria mais do que se casado fosse. - A concessão da indenização por serviços domésticos prestados à concubina situaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais fixadas pelo art. 226 da CF/88 e

com o Direito de Família, tal como concebido. - A relação de cumplicidade, consistente na troca afetiva e na mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, em que auferem proveito de forma recíproca, cada qual a seu modo, seja por meio de auxílio moral, seja por meio de auxílio material, não admite que após o rompimento da relação, ou ainda, com a morte de um deles, a outra parte cogite pleitear indenização por serviços domésticos prestados, o que certamente caracterizaria locupletação ilícita. - Não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. O amor não tem preço. Não há valor econômico em uma relação afetiva. Acaso houver necessidade de dimensionar-se a questão em termos econômicos, poder-se-á incorrer na convivência e até mesmo estímulo àquela conduta reprovável em que uma das partes serve-se sexualmente da outra e, portanto, recompensa-a com favores. - Inviável o debate acerca dos efeitos patrimoniais do concubinato quando em choque com os do casamento pré e coexistente, porque definido aquele, expressamente, no art. 1.727 do CC/02, como relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar; a disposição legal tem o único objetivo de colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito. Recurso especial do Espólio provido. Recurso especial da concubina julgado prejudicado. (STJ, Terceira Turma, DJe: 19/10/2009).

REsp 931155/RS

EMENTA: Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. - A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. - Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. - Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido. (STJ, Terceira Turma, DJ: 20/08/2007).

Decisões sobre reconhecimento de multiparentalidade

REsp 1333086/RO

EMENTA; RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO E ANULATÓRIA DE REGISTRO PÚBLICO. DUPLO REGISTRO DE PATERNIDADE. MULTIPARENTALIDADE. PAI SOCIOAFETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE EM FIGURAR NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DO MENOR. INOCORRÊNCIA. DISPOSIÇÃO FUTURA DE BENS. POSSIBILIDADE. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO STF. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA NOS

MOLDES LEGAIS. 1. Cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de registro de dupla paternidade, requerido unicamente pelo Ministério Público estadual, na certidão de nascimento do menor para assegurar direito futuro de escolha do infante. 2. Esta Corte tem entendimento no sentido de ser possível o duplo registro na certidão de nascimento do filho nos casos de adoção por homoafetivos. Precedente. 3. Infere-se dos autos que o pai socioafetivo não tem interesse em figurar também na certidão de nascimento da criança. Ele poderá, a qualquer tempo, dispor do seu patrimônio, na forma da lei, por testamento ou doação em favor do menor. 5. Não se justifica o pedido do Parquet para registro de dupla paternidade quando não demonstrado prejuízo evidente ao interesse do menor. 6. É direito personalíssimo e indisponível do filho buscar, no futuro, o reconhecimento do vínculo socioafetivo. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (STJ, Terceira Turma, DJe: 15/10/2015)

Decisões do sobre desconstituição de registro de filiação

REsp 1333360/SP

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC/1973. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE PELO COMPANHEIRO DA MÃE. INEXISTÊNCIA DE ERRO SUBSTANCIAL QUANTO À PESSOA. FORMAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO COMPROVADA. 1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC/1973, quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2. A "adoção à brasileira", ainda que fundamentada na "piedade" e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora. 3. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito, em ação negatória de paternidade, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado, na maioria das vezes, na convivência familiar. 4. Nos casos em que inexistente erro substancial quanto à pessoa dos filhos reconhecidos, não tendo o pai falsa noção a respeito das crianças, não será possível a alteração desta situação, ainda que seja realizada prova da filiação biológica com resultado negativo. 5. Em linha de princípio, somente o pai registral possui legitimidade para a ação na qual se busca impugnar a paternidade - usualmente denominada de ação negatória de paternidade -, não podendo ser ajuizada por terceiros com mero interesse econômico. (REsp 1412946/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/04/2016). 6. A interposição recursal com base na alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da alegada divergência, fazendo-se necessária a transcrição dos trechos que

configurem o dissenso e a menção às circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. 7. Recurso especial provido. (STJ, Quarta Turma, DJe: 07/12/2016).

REsp 1330404/RS

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PRINCÍPIOS DA CONCENTRAÇÃO DA DEFESA NA CONTESTAÇÃO E DA ADSTRIÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMENDA DA INICIAL, AQUIESCIDA PELA PARTE REQUERIDA, COM REITERAÇÃO DAS MATÉRIAS DE DEFESAS DESENVOLVIDAS NO CURSO DO PROCESSO. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDADA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afigura-se absolutamente estéril a discussão afeta à observância ou não dos princípios da eventualidade e da adstrição, notadamente porque a tese de paternidade socioafetiva, não trazida inicialmente na contestação, mas somente após o exame de DNA, conjugada com a também inédita alegação de que o demandante detinha conhecimento de que não era o pai biológico quando do registro, restou, de certo modo, convalidada no feito. Isso porque o autor da ação pleiteou a emenda da inicial, para o fim de explicitar o pedido de retificação do registro de nascimento do menor, proceder aquiescido pela parte requerida, que, posteriormente, ratificou os termos de sua defesa como um todo desenvolvida no processo. 2. A controvérsia instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), daí estabelecendo vínculo de afetividade durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante, pode ou não ser desconstituída. 2.1. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. Constata-se, por conseguinte, que a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos dos arts. 1.601 c.c 1.604 do Código Civil. Diversa, entretanto, é a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais ("adoção à brasileira"), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. A consolidação de tal situação (em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242, CP), em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Jurisprudência consolidada do STJ. 2.2. A filiação socioativa, da qual a denominada adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF). 2.3. O estabelecimento da filiação

socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despende afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convalidarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Na hipótese dos autos, a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho registra (durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do pai registral, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível. 2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. Registre-se, socioafetiva, se o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava. 2.5. Cabe ao marido (ou ao companheiro), e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora desta, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro (hipótese, é certo, que não comportaria posterior alteração). 3. Recurso Especial provido, para julgar procedente a ação negatória de paternidade. (STJ, Terceira Turma, DJe: 19/02/2015).

REsp 1433470/RS

EMENTA: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO: ARTS. 1.604 e 1.609 do Código Civil. 1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em 14.08.2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 14.06.2013. 2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de

comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. Mesmo que não tenha ficado demonstrada a construção de qualquer vínculo de afetividade entre as partes, no decorrer de mais de 50 anos, a dúvida que o recorrente confessa que sempre existiu, mesmo antes da criança da nascer, de que ele era seu filho, já é suficiente para afastar a ocorrência do vício de consentimento – erro - no momento do registro voluntário. 6. No entendimento desta Corte, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento, é necessária prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. 7. Recurso especial desprovido. (STJ, Terceira Turma, DJe: 22/05/2014).

REsp 1676877/MG

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA CONTRÁRIO AO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE DESISTÊNCIA DO RECURSO OU DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA UNIDADE. PATERNIDADE REGISTRAL ASSUMIDA EM CIRCUNSTÂNCIA CARACTERIZADORA DE ERRO. OCORRÊNCIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE PAI REGISTRAL E MENOR. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR QUE RECOMENDA A DESVINCULAÇÃO REGISTRAL. 1- Ação distribuída em 28/11/2007. Recurso especial interposto em 27/09/2012 e atribuído à Relatora em 27/10/2016. 2- O propósito recursal é definir se a segunda manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo desprovimento do recurso que havia sido interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, implica em desistência do recurso anteriormente aviado ou, ainda, em prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, bem como se o acórdão recorrido, ao manter a paternidade registral, observou as hipóteses em que se permite a alteração do registro de nascimento do infante, qualificou corretamente os fatos para fins de reconhecimento da paternidade socioafetiva e, além disso, atendeu ao princípio do melhor interesse do menor. 3- O parecer elaborado pela Procuradoria-Geral de Justiça em 2º grau de jurisdição tem natureza opinativa, podendo inclusive ser contrário à pretensão recursal do Ministério Público Estadual em atenção ao princípio da independência funcional, não equivalendo a desistência do recurso interposto, ausência de interesse recursal ou prática de ato incompatível com a vontade de recorrer. Precedentes. 4- O fato de ambos os genitores não terem ciência ou ao menos mera desconfiança de que o menor não era fruto do relacionamento amoroso por eles vivenciado caracteriza erro que justifica a alteração do registro de nascimento, na forma do art. 1.604 do Código Civil. 5- A prática de atos, pelo pai registral, que demonstram desinteresse no exercício da paternidade, que visam promover o efetivo afastamento do menor e que pretendem impedir a criação de uma relação fraterna, amorosa e afetiva, descaracteriza a relação paterno-filial socioafetiva, não sendo suficiente para tanto a mera convivência entre o pai registral e o menor por um curto lapso temporal e as eventuais incertezas por ele vivenciadas nesse período. 6- A intervenção do pai biológico do menor no curso do processo, manifestando expressamente o seu interesse em exercer a plena paternidade e reivindicando não apenas a paternidade registral, como também a biológica e a socioafetiva, torna inviável a manutenção

do vínculo registral inicialmente realizado. 7- Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Terceira Turma, DJe: 20/10/2017).

REsp 1256025/RS

EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VINCÚLO BIOLÓGICO COMPROVADO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA BUSCADA PELA FILHA REGISTRAL. 1. Nas demandas sobre filiação, não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração quem postula o reconhecimento ou a negativa da paternidade, bem como as circunstâncias fáticas de cada caso. 2. No contexto da chamada "adoção à brasileira", quando é o filho quem busca a paternidade biológica, não se lhe pode negar esse direito com fundamento na filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral, sobretudo quando este não contesta o pedido. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Terceira Turma, DJe: 19/03/2014).

REsp 1167993/RS

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se

também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (STJ, Quarta Turma, DJe: 15/03/2013).